

# ÉTUDE CRITIQUE ET COMPARATIVE DE LA DÉVOLUTION AB INTESTAT EN DROIT PERSAN

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

*Présentée et soutenue le 7 Juin 1933, à 14 heures*

PAR

**Hassan SAMIY**

---

## MEMBRES DU JURY :

Président : M. LEVY-ULMANN, *Professeur*

Suffragants } M. CASSIN }  
                  } M. NIBOYET } *Professeurs*

---

PARIS

LES PRESSES MODERNES

45, Rue de Maubeuge

1933



MODERNES

rue de Manège

1938

THESE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT





Digitized by the Internet Archive  
in 2026



# ÉTUDE CRITIQUE ET COMPARATIVE DE LA DÉVOLUTION AB INTESTAT EN DROIT PERSAN

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

*Présentée et soutenue le 7 Juin 1933, à 14 heures*

PAR

**Hassan SAMIY**

---

**MEMBRES DU JURY :**

Président : M. LEVY-ULMANN, *Professeur*

Suffragants { M. CASSIN }  
                  { M. NIBOYET } *Professeurs*

---

PARIS

**LES PRESSES MODERNES**

45, Rue de Maubeuge

---

1933

\*29686.

La Faculté n'entend donner aucune approbation  
ni improbation aux opinions émises dans les  
thèses; ces opinions doivent être considérées  
comme propres à leurs auteurs.





## INTRODUCTION

---

« Les lois sont le miroir dans lequel se reflète l'âme des nations », dit Paul Leuba (1). Chaque peuple a le gouvernement (et, ajouterons-nous, la législation) qu'il mérite, pense Montesquieu. Si ces aphorismes sont justes, il faut conclure que l'organisation sociale actuelle de la Perse n'est pas assez solide, puisque sa législation est bien embrouillée et loin d'être idéale.

Les institutions juridiques de la Perse constituent un mélange sans pareil. Un tronc d'arbres écorché en plusieurs endroits, prenant ses racines sur des terrains aussi disparates qu'incultes, cueillant ses principes dans les textes religieux sacro-saints, principes figés depuis des époques archaïques, commençant avec l'apparition de l'Islam et ne s'adaptant en rien à l'esprit du siècle et aux nécessités positives actuelles ; retouché récemment d'une façon médiocre et timide par ces artistes parlementaires que sont les législateurs, sans qu'ait été transformé sérieusement son esprit pourtant désuet : voilà ce qu'on appelle le droit persan.

Le droit persan actuel, qui est dans son essence le droit musulman secte chiite, ne s'est pas contenté de mesures établies par la religion. Avec l'ère nouvelle de la Révolution de 1905, point de départ des codifications actuelles, tout en voulant se moderniser, il a cru pouvoir concilier les lois religieuses avec les dispositions des lois étrangères qui sont le plus souvent, sinon à l'antipode des commandements islamiques, du moins très différents par leur contenu.

---

(1) Paul Leuba, *Du régime successoral en droit français et en droit suisse*, p. 1. Paris, 1924.

Cette œuvre conciliatrice fut entamée sur tous les terrains à la fois et les différents Codes actuellement en vigueur sont le résultat de ce travail.

Cependant, en matière de droit civil, quoique la codification semble de prime abord d'une grande utilité, ce ne fut que tout récemment — et encore jusqu'ici pour une partie seulement — que la tâche du législateur s'est accomplie.

Accomplie ? C'est une façon de parler, puisque surtout en matière de successions, — ce qui rentre directement dans notre étude, — tout est à refaire. Les lacunes et les insuffisances qu'on ne manque pas de remarquer tout au long de cette législation pourtant récente, viennent de la tendance marquée du législateur à s'écarter le moins possible des dispositions des lois religieuses, qui ont pris dans ce pays force de coutume.

Cette raison explique la timidité du législateur en ce qui concerne la réforme successorale. Elle explique aussi pourquoi le législateur n'a pas encore pu appliquer son action codificatrice à la partie la plus intéressante du droit civil, celle qui est à la base de l'organisation sociale, c'est-à-dire la famille, c'est-à-dire le statut personnel (1).

Le mariage, le divorce, la filiation, la puissance paternelle sont des questions non encore codifiées, quoique le projet soit préparé depuis quelque temps, et ce projet, selon toutes probabilités, ne sera que la copie fidèle des lois religieuses actuellement en vigueur.

Le mouvement législatif est récent en Perse. Sans vouloir remonter trop loin, il convient de dire que ce mouvement en est encore à sa phase d'enfance. Car ce n'est qu'après la Révolution de 1905 — où le gouvernement absolutiste céda la place au régime parlementaire — qu'on entreprit dans ce pays la codification des différentes branches du droit.

Mais les vices de la méthode adoptée en matière de législation causèrent une grande perte d'utilité pratique. De sorte que sur le terrain législatif, si on analyse vraiment la question, on pourrait dire sans hésitation que le droit persan est un ensemble hybride d'institutions, prenant sa source, tantôt dans les lois religieuses, qui sont à leur tour empruntées, aux lois hébreuses

---

(1) La succession n'est pas considérée par le législateur persan comme faisant partie du statut personnel.



ou chrétiennes adaptées aux coutumes et usages arabes, tantôt des législations étrangères qui, à la suite d'une tentative de conciliation, ont été introduites dans cet amalgame. La profusion de ces éléments disparates constitue une construction artificielle d'institutions divergeantes se dressant les unes contre les autres.

Dans la vie juridique comme dans les autres aspects politiques et sociaux de la vie d'une nation, la religion, c'est-à-dire le parti pris religieux, est un mal qu'on doit éviter. Tout d'abord parce que la religion constitue une sorte de préjugé aveugle, néfaste en soi. Quelque bienfaisants que puissent être les préceptes d'une religion, quelque éclairés que soient ses adeptes, son intrusion dans des domaines ultra-convictionnels constitue un grave inconvénient. Car la religion n'est qu'une habitude atavique, dont l'exercice exclut pour la grande majorité des croyants tout raisonnement personnel. Aussi son empiètement sur le terrain de la vie publique d'un peuple n'entraîne que des dégâts.

D'autre part, les abus de ceux entre les mains desquels se trouve placée l'exécution des préceptes moraux et humains de la religion, l'obscurantisme pratiqué par eux pour sauvegarder leur intérêt et éterniser leur ascendant sur les rangs sociaux, enfin la confiance le plus souvent mal placée des fidèles, ont donné lieu, à toute époque et pour toutes les religions, à des calamités.

*L'islamisation du droit  
et l'opinion des jurisconsultes musulmans sur ce procédé*

Nous aurons encore au cours de cette introduction à revenir sur les méfaits de l'intrusion de la religion dans le domaine juridique. Pour le moment, nous nous proposons d'exposer, le plus brièvement possible, comment les illustres jurisconsultes du droit musulman préconisent l'islamisation du droit en se conformant aux sources principales de la juridiction islamique.

*Les sources du droit islamique*

Quatre sources principales ont donné naissance au droit musulman actuel. Ce sont le Coran ou livre saint, le Sunnat ou la conduite du prophète, l'Opinion unanime et enfin l'analogie

légale (1) chez les Sunnites et la raison humaine (2) chez les chiïtes (3).

Les trois premières sources sont, comme nous le remarquons, communes aux deux sectes, il en est autrement pour la dernière. Certes pour les trois premières aussi, il y a des nuances dans l'interprétation ; leur contenu même est quelque peu différent d'une secte à l'autre. Mais leur principe est le même. Il en va tout autrement en ce qui concerne la quatrième source, où les sunnites adoptent l'analogie légale, les chiïtes, eux, admettant la raison humaine.

A côté de ces sources principales, il existe des sources secondaires, dont le nombre est assez élevé chez les sunnites (on en compte seize) (4), mais qui sont peu nombreuses chez les chiïtes (quatre seulement) (5).

Cette partie du droit musulman qui est la base scientifique du droit, est encore assez mal connue des étrangers. Certes nous avons l'œuvre remarquable et digne de considération de Sawas Pacha qui, en étudiant cette partie du droit musulman, l'a intitulée « théorie du droit musulman » en nous donnant d'ailleurs dans son traité la raison de cette appellation. Nous avons d'autre part une thèse présentée par le Dr Nossadegh, qui consacre une longue introduction à l'étude des « sources du droit musulman » (en se plaçant surtout au point de vue chiïte). Mais malgré ces deux travaux importants, le contenu de cette partie du droit musulman, qui est la plus magistrale et la plus scientifique, reste à développer et sa compréhension est pour les étrangers chose inachevée. C'est un travail évidemment ardu à entreprendre mais qui, au point de vue de la spéculation de la science juridique, présente un grand intérêt. Pour l'instant, indiquons sommairement et en nous basant sur la manière de voir de l'auteur de la thèse précitée, que l'islamisation dans le sens où certains jurisconsultes du droit musulman la conçoivent, ne peut pas être un procédé recommandable.

---

(1) Sawas Pacha, *Théorie du droit musulman*, t. II, pp. 61 ss. Paris, 1902.

(2) Dr. Mossadegh, *Le testament en droit musulman*, pp. 36 ss. Paris, 1914.

(3) Nous aurons plus tard l'occasion de voir que l'Islam se partage en deux sectes importantes : sunnite et chiïte. Chacune d'elles se subdivise à son tour en plusieurs rites et écoles.

(4) Sawas Pacha, *op. cit.*, t. II, pp. 68 ss.

(5) Dr. Mossadegh, *op. cit.*, pp. 55 ss.



Si on analyse soigneusement tout le raisonnement des partisans de l'islamisation, on constate qu'il se résume dans cette formule que l'Islam n'est pas en contradiction avec les lois nouvelles ; dès lors il n'est pas nécessaire, suivant ces auteurs, de s'éloigner des principes organiques du droit musulman, — qui du reste ont pris force de coutumes, — pour introduire des réformes législatives.

A première vue, cette affirmation peut paraître fondée, et c'est ce qui a fait hésiter jusqu'ici des esprits même avancés, dans leur œuvre réformatrice. Mais elle ne peut pas résister à une analyse plus profonde. Car que sont-elles, ces sources principales, dont il conviendrait, d'après ces auteurs, de garder l'esprit ? Ce sont, comme nous l'avons vu, le Coran, dont le contenu est très pauvre en matière de législation proprement dite (1) ; le Sunnat, qui s'occupe des actes et des approbations ou désapprobations, expresses ou tacites, du prophète, mais qui, quelque large que soit son domaine, ne saurait évidemment englober tous les aspects si complexes de la vie présente et future ; l'opinion unanime (2), décisions prises en conformité avec les deux premières sources par le corps des jurisconsultes ; et enfin, chez les sunnites, l'analogie légale, qui est l'assimilation d'un cas non apprécié par la loi à un autre cas apprécié par elle, et l'application de la solution de ce dernier au premier, et chez les chiïtes, la raison humaine, c'est-à-dire la capacité de l'homme de connaître et de juger.

De ces quatre sources, les deux premières, les plus importantes, sont figées dans les textes. Nous n'envisageons pas le

---

(1) Et d'ailleurs, en matière de commandements religieux, il y a entre les règles établies par le Livre Saint des contradictions parfois inextricables.

(2) Ce principe est basé sur une parole attribuée au prophète : « Ma communauté ne tombera jamais d'accord sur une erreur. »

On rapporte que Al Chafii, le grand chef de l'Ecole Chafite, fut interrogé sur la base coranique du principe de l'« opinion unanime ». Il demanda un délai de trois jours pour répondre. « Ce délai expiré, — raconte Goldziher, dans son très intéressant ouvrage : *le dogme et la loi de l'Islam*, traduction Paris, 1920, p. 45, — il reparut devant ses auditeurs, malade et faible, les mains et les pieds enflés, le visage bouffi, tant il avait dû s'appliquer pour pouvoir indiquer comme base de la doctrine du consensus le verset 115 de la 4<sup>e</sup> sourat : « Celui qui se sépare de l'envoyé (d'Allah) après avoir connu clairement la bonne direction et suit un autre chemin que celui des croyants, nous nous détournons de lui... »

caractère sacré que la religion leur attribue et qui peut rendre impossible une revision éventuelle. Mais en ne considérant que le côté pratique de la question, il faut conclure que, même si on admet une possibilité de remanier des règles sacro-saintes, du moment que ces règles sont incorporées dans des textes, leur revision exige une initiative particulière de la part d'une autorité compétente, ayant la charge de cette revision.

Or cette autorité compétente, laïque ou ecclésiastique, peu importe, doit agir selon une méthode. Cette méthode nous est fournie par les deux autres sources, l'opinion unanime des jurisconsultes et l'analogie ou la raison humaine. La première ne peut guère avoir une grande importance. Car, de par sa définition même, elle doit être en conformité absolue avec les deux premières sources. Ces deux sources étant elles-mêmes restreintes dans leur essence, ne peuvent donner naissance à un travail fécond. Cela, sans même envisager un autre aspect de la question, admis par les sunnites (au moins en théorie, et selon l'opinion générale, — quoique Sawas Pacha (1) ait essayé de démontrer le contraire) qui déclarent que l'effort juridique sur lequel le corpus juris islamique doit être basé, ne peut jouer actuellement son rôle. Les sunnites appellent cette cessation du travail législatif « fermeture de la porte de l'effort ». Les décisions prises par l'unanimité (ou selon les chiites par la majorité) des jurisconsultes ne seraient valables pour les sunnites que jusqu'à la fin de la troisième génération qui suivit celle du prophète (2).

Quoiqu'il en soit et même abstraction faite de cette particularité, il reste toujours vrai de dire que le champ d'action de l'opinion unanime est vraiment trop limité pour qu'elle puisse accomplir la tâche qu'on en attend.

Il ne nous reste donc que la quatrième et dernière source, pour sauver au moins la face de la théologie de l'islamisation.

En ce qui concerne l'analogie (3), il est important de noter tout de suite l'hostilité et les récriminations qui furent soulevées

(1) Sawas Pacha, *op. cit.*, t. 1<sup>er</sup>, notions historiques, pp. 142 ss.

(2) Sawas Pacha, *op. cit.*, 1<sup>re</sup> éd., t. II, p. 276.

(3) L'analogie légale est une invention du chef de l'Ecole Hanafite, surnommé l'Imâm Azam à cause de sa haute valeur scientifique. Mais son procédé se heurta à la résistance d'adversaires, qui surent provoquer l'hostilité de la masse sous prétexte d'innovation en matière de religion. Abou Hanifa fut obligé d'exposer publiquement sa thèse et de démontrer la modération de sa



de la part des orthodoxes puritains contre le promoteur de cette idée, le chef illustre du rite hanafite, Abou Hanifa.

Aussi plus tard ce ne fut que ce rite qui a pleinement adopté la théorie du maître. Les autres rites orthodoxes, ou bien ont admis l'analogie légale avec des réserves, ou bien l'ont complètement repoussée.

Ceci dit et souligné, il nous reste à apprécier la valeur de la méthode analogique en matière de législation sunnite.

L'analogie légale est un procédé commode pour implanter dans la législation, des dispositions nouvelles. Elle exige de la part des jurisconsultes de la clairvoyance et de l'ingéniosité. Mais pour assimiler les raisons efficientes de deux cas et étendre par analogie la solution du premier au second, il faut toujours chercher un embryon de similitude, ce qui n'est pas toujours facile, étant donné la pauvreté extrême des sources principales (1).

Pour la raison humaine, cet obstacle est considérablement atténué, puisque les chiïtes font prévaloir — au moins en principe — la raison aux autres sources, toutes les fois qu'elle est en contradiction avec ces sources. Sous réserve des dissidences survenues à ce sujet et en tenant compte de la classification de la raison et du classement des objets sur lesquels son action s'accomplit (points pour l'étude desquels nous renvoyons aux ouvrages précités), on peut dire que d'une façon générale la prédominance est réservée à la raison.

Donc, l'analogie légale chez les sunnites et la raison humaine chez les chiïtes sont les seules sources capables de rendre possible l'adoption de lois nouvelles et de rétablir l'harmonie nécessaire entre la législation et l'évaluation sociale.

Ici, le tout est de savoir comment on entend entreprendre en pratique ce travail de remaniement et de quelle manière on va mettre à contribution les deux dernières sources pour se rapprocher du but. Il s'agit de savoir si vraiment on est disposé à don-

---

méthode. Il expliqua la façon dont il entendait mettre en pratique sa théorie. Il put ainsi calmer les scrupules religieux et regagner les sentiments indignés. (Voir la « *Balance de la loi musulmane* », El-Charaï, trad. D<sup>r</sup> Perron, Alger 1898, p. 54).

(1) L'exemple classique de l'analogie légale est l'assimilation de la bière et d'une façon générale de toutes les boissons fermentées au vin et l'extension de l'interdiction du vin à la bière, pour cause de l'ivresse que comportent toutes ces boissons. (Sawas Pacha, *op. cit.*, t. II, p. 20).

ner à l'analogie et à la raison toute la place qui leur revient et à combler ainsi les lacunes existantes, en faisant prévaloir la solution proposée par ces deux sources ; ou si au contraire on n'admet la solution nouvelle que dans la mesure où elle est conforme aux deux sources mères : Coran et Sunnat.

Or, on nous dit que l'application de l'analogie et de la raison doit se soumettre aux sources mères. Elles ne peuvent agir, dit-on, qu'en se conformant rigoureusement aux dispositions du Coran et du Sunnat. De sorte qu'on rend pratiquement impossible toute innovation. La tâche est vouée à un échec complet, car la législation islamique contient des institutions entières qu'il ne suffit pas de retoucher légèrement à certains endroits, mais qui doivent être remplacées purement et simplement par des dispositions inspirées d'un tout autre esprit.

Donc, par une analyse à dessein sommaire, nous sommes amenés à penser que le sort des réformes législatives en droit musulman dépend de l'interprétation qu'on est disposé à donner aux principes qui régissent l'esprit du droit islamique. Les quatre sources principales et les sources secondaires suffisent à mener la tâche à bien, si on leur donne tout le sens qui leur revient. Au contraire, on les frappe d'une inertie complète et d'une insuffisance absolue si on se campronne à leur lettre en se détournant de leur esprit.

Or, étant donné que les jurisconsultes du droit musulman réclament — d'une façon ouverte ou dissimulée — l'observance stricte des sources mères dans tous les travaux législatifs, l'islamisation devient un travail futile et son utilité demeure médiocre.

Il est permis dès lors de croire que les paroles tant invoquées par ces mêmes jurisconsultes, selon lesquelles l'esprit de l'Islam est en parfaite harmonie avec l'introduction des réformes nécessitées par les besoins du jour, est dans leur bouche comme un rempart contre lequel toute tentative de vraies et salutaires réformes est destinée à se briser.

### *L'intérêt actuel de la discussion*

L'influence des idées religieuses autrefois en Perse s'est fait trop sentir sur tous les aspects de la vie sociale, pour qu'on puisse se passer de débattre le problème de l'islamisation en matière législative.



Mais il est vrai qu'actuellement cette influence a considérablement diminué, sinon complètement disparu, et, sans qu'une loi de séparation soit intervenue, la vie sociale se trouve aujourd'hui dégagée dans une forte mesure des influences religieuses auxquelles elle était autrefois si rigoureusement soumise.

Malheureusement l'émancipation conquise en fait est, en matière législative, le plus souvent négligée. Et beaucoup de nos institutions civiles incorporées aujourd'hui dans les différents Codes ne sont que la reproduction textuelle de lois religieuses.

Ceci vise plus particulièrement encore la matière qui nous intéresse directement ici, c'est-à-dire la dévolution héréditaire en Code civil persan, qui n'est, comme nous aurons l'occasion de le voir, que la reproduction fidèle de la succession islamique.

L'intérêt de la discussion est donc loin d'avoir disparu et, malgré l'apparence, le problème de l'islamisation n'a pas tout à fait perdu son sens en matière législative.

*Les vestiges des lois religieuses  
dans la succession du Code civil persan  
et les raisons de cette survivance*

Dans le travail législatif suivi en Perse depuis la révolution et accéléré aujourd'hui dans une vaste mesure, travail qui se rapporte aux divers aspects de la législation sociale, les vestiges des dispositions religieuses n'ont été retenus nulle part si scrupuleusement qu'en matière de succession.

Ceci s'explique probablement par deux considérations principales :

Tout d'abord la succession est une institution qui est imprégnée et pénétrée profondément des mœurs et coutumes locales. Elle se trouve en contact intime avec la mentalité populaire, et on ne peut essayer de la moderniser qu'avec beaucoup de prudence et tâtonnement.

Et ensuite et surtout la succession musulmane constitue une chaîne telle que si le législateur touchait à un seul de ses anneaux, il amènerait la dislocation de l'institution toute entière.

Soit par manque d'audace, soit parce que le législateur ait préféré les remaniements nécessaires pour pouvoir d'abord préparer lentement le terrain, toujours est-il que nous vivons aujourd'hui

d'hui sous le règne de lois qui régissaient déjà nos ancêtres il y a plus de treize siècles.

Dans les sociétés de nos jours, nous sommes stupéfaits de constater l'amélioration continuelle et rapide du sort de l'homme. Et tout en nous réjouissant du développement du bien-être pour nos générations à venir, nous ressentons quelque amertume un peu naïve mais sans méchanceté à constater l'accroissement du bonheur pour un temps où nous ne serons plus. Combien nous devons faire plaisir à nos ancêtres en leur donnant la satisfaction de partager leur destin, au point de nous soumettre aujourd'hui aux mêmes lois qu'ils ont subies il y a treize cents ans ? Le sort est né malin, dit-on ; il faut bien le croire puisque en voilà une preuve de plus !

Nous avons un exemple de la persistance des lois religieuses et de leur ascendance dans le cas typique du Code pénal persan. Ce Code après avoir été voté et publié, n'a pu vivre bien longtemps. Sous la poussée des idées religieuses, se targuant des principes islamiques et poursuivant les intérêts de quelques pharisiens, il fut annulé et remplacé par d'autres projets devenus d'autres Codes. Tous eurent le même sort, jusqu'à ce que des retouches dans le sens religieux aient été apportées au dernier projet qui a fourni plus tard le Code pénal régissant actuellement la Persè.

La même observation peut être faite en ce qui concerne le Code civil.

Un Code rédigé au commencement du 2<sup>e</sup> quart du xx<sup>e</sup> siècle peut laisser croire qu'il est à l'abri des erreurs évidentes commises par d'anciennes législations. Tel n'est pourtant pas le cas du Code civil persan et une étude critique établira dans un grand nombre de ces institutions les fissures existantes.

On peut répliquer qu'aucune loi n'est parfaite dès sa naissance. Il y a fatalement des lacunes auxquelles on peut remédier avec le temps. L'homme est inévitablement faillible et on ne doit pas, dans l'attente de faire une œuvre parfaite, retarder l'accomplissement des choses qui se rangent parmi nos possibilités actuelles.

Ce raisonnement est juste en soi mais ne prouve rien contre ce qui précède.

Sur un terrain intact, sur lequel l'initiative de l'homme n'a pas encore déployé son activité, la chance d'erreur est grande et la



probabilité des insuffisances ne doit pas faire reculer l'homme dans son action. Les corrections nécessaires seront réalisées peu à peu. C'est le système anglais de codification et c'est, on peut le dire, un système très sage.

Mais il en est tout autrement lorsqu'il s'agit de faire ce que les autres ont déjà commencé. C'est un contresens que de vouloir parcourir à nouveau les étapes parcourues par les autres.

Et si un pays, qui, tant au point de vue juridique qu'à d'autres points de vue de l'organisation sociale, est par rapport à la civilisation mondiale resté arriéré, refuse dans son mouvement de redressement de profiter des expériences d'autrui, ce pays commet une grave erreur.

Cela ne signifie pas toutefois que la reproduction textuelle des dispositions de la législation étrangère soit un procédé recommandable. Non, les exigences locales ont leur importance indéniable. Les institutions que nous rencontrons chaque jour autour de nous, dans nos différents milieux, sans nous étonner le moins du monde de leur bon fonctionnement, ces institutions ne sont pas nées spontanément. Elles sont le résultat d'une activité immémoriale, puisant ses éléments dans les mœurs et les coutumes de la société. Les bienfaits de la civilisation actuelle ont pris leur germe dans l'histoire des époques reculées. Condorcet a dit : « Le matelot qu'une exacte observation de la longitude préserve du naufrage doit la vie à une théorie conçue deux mille ans auparavant, par des hommes de génie qui avaient en vue de simples spéculations géométriques » (1).

Tout cela est juste. Mais que prouvent ces arguments en l'occurrence ? Veut-on dire par là que ce sont ces considérations qui ont amené le législateur persan à respecter scrupuleusement, en matière de succession, les coutumes établies sur la base des lois religieuses ? Peut-on dire vraiment que le législateur n'a pas voulu heurter des mœurs encore assez robustes, de peur de mettre en danger l'entreprise entière ?

Avec la meilleure volonté du monde, cette supposition ne peut paraître probable. Il faut croire que même en respectant consciencieusement les mœurs et les habitudes locales, il n'était pas

---

(1) Auguste Comte par René Hubert, *Les grands philosophes*, pp. 75-76 ; Vald. Rasmussen, éd.

impossible d'accomplir en cette matière un travail moins incomplet.

Alors une constatation s'impose : il y a lieu de croire que l'écheveau était tellement embrouillé que la moindre retouche par une main peu habile aurait fait pâtir le tout. Si une telle supposition est exacte, le législateur s'est trouvé devant un dilemme : ou bien transformer l'institution complètement, ou bien ne point y toucher. Ou bien il fallait pratiquer une ponction à l'œdème, ce qui exigeait une intervention chirurgicale savante et hardie ; ou bien on pouvait laisser le mal sournois régner pacifiquement jusqu'à ce que, arrivé à son point culminant, il s'étiole et se détruise tout seul. C'est le procédé de l'autodestruction des maux sociaux !

La plus simple des deux voies fut suivie. On a coulé la succession du Code civil dans les moules tout faits de l'ancienne législation religieuse. Malgré l'affranchissement de fait de la société de la tutelle religieuse, nous assistons à l'enregistrement de concessions gratuites dans l'inventaire de la religion.

### *Le sens dans lequel ces critiques doivent être dirigées*

Nous aurons à cœur, ici, de préciser. Nos critiques n'envisagent pas le côté purement religieux de l'Islam. Elles envisagent au contraire la mauvaisé compréhension, et par suite la mauvaise application de ses réglementations en matière législative.

Quant à l'Islam en tant que religion, il serait vraiment injuste, quelque esprit antireligieux ou libre-penseur qu'on puisse avoir, de contester ses vertus et ses qualités.

D'ailleurs la religion, en tant que conviction intime, doit rester chose complètement subjective. Le seul point discutable en matière de religion est son utilité sociale, c'est-à-dire les services que les différentes religions ont rendus à la société humaine en prêchant sous forme de postulats religieux les préceptes moraux.

Il arrivera peut-être un jour où l'esprit de l'homme parviendra à un tel degré de perfection et où la conscience individuelle obtiendra un tel développement, que l'homme, de par sa sagesse et son savoir, sentira le besoin d'exercer les vertus et de repousser les vices.

Ce jour-là, les hommes accompliront spontanément ce que les différentes religions voulaient leur inculquer. C'est alors seule-



ment que les vertus retrouveront leur vrai sens. La charité, la piété, l'amour du semblable, la franchise, la bravoure, le don du sacrifice, en un mot toutes les vertus propagées par les principes religieux acquerront pleine dignité le jour où elles seront devenues chez l'homme une seconde nature. Les pratiques religieuses n'avaient pour but que de semer dans les cœurs le noyau de ces nobles sentiments. Elles ont pu propager, sous l'impulsion sans égale de la foi, dans un temps où les consciences individuelles n'étaient pas suffisamment formées, les idées de vertu et d'humanité. A ce point de vue, l'Islam est une des religions qui, par la simplicité de ses dogmes, a rendu le plus grand service à la société pour laquelle il fut créé.

Les déclarations quasi-unanimes des écrivains orientalistes attestent cette allégation. On peut citer au hasard une réflexion juste de l'éminent orientaliste O. Houdas dans l'introduction de son ouvrage « l'Islamisme ». Après avoir établi les conversions fréquentes à l'Islam d'adeptes d'autres religions, l'auteur tâche de nous donner les raisons de ce fait dans les termes suivants :

« Comment expliquer qu'une religion, somme toute déjà vieille, puisqu'elle compte treize cents ans d'existence, exerce une aussi vive attirance, alors qu'elle n'emploie aucun moyen pour se mettre en vedette, qu'elle n'use d'aucune réclame et qu'elle ne pensionne aucune corporation en vue de faire du prosélytisme ? La principale raison, la seule certaine, c'est que l'Islamisme, tout en ayant une morale aussi pure que n'importe quelle autre des grandes religions, n'impose au fidèle aucune obligation qui soit en contradiction avec les lois de la nature humaine et qu'elle ne lui fait jamais un mérite de les avoir méconnues ou violées » (1).

« ...Un autre caractère tout particulier et bien séduisant de l'Islam, poursuit l'auteur, c'est qu'il ne violente la raison que dans une mesure relativement faible. Dans sa forme *pure et primitive*, — (retenons bien ces mots, car nous savons comment plus tard tout dégénéra), — il ne comporte pour ainsi dire qu'un seul mystère : l'existence d'un Dieu unique (2), dont la toute-

---

(1) O. Houdas, *l'Islamisme*, p. 6, Paris 1908, Ernest Leroux, éd.

(2) En ce qui concerne l'unté divine, sur laquelle l'Islam est intransigeant, « le Coran, dit Léon Gauthier dans son ouvrage sur Ibn Rochd, taxe d'association, c'est-à-dire de polythéisme, crime suprême de lèse-majesté divine, ceux qui, comme les chrétiens (ou les philosophes néo-platoniciens) distinguent

puissance est absolue. Cela admis, tout le reste s'explique, sans qu'on ait trop de postulats à invoquer.... » (1).

On ne peut mieux apprécier la juste valeur d'une religion qui pour conquérir des terrains favorables à sa propagation aurait besoin de contenir plus de mystères et moins de vérités rationnelles, pour la compréhension desquelles la masse est toujours insuffisamment éduquée.

Mais les choses dont la valeur est indéniable lorsqu'elles restent dans leur domaine spécifique, perdent au contraire toute leur valeur lorsqu'elles empiètent sur d'autres terrains pour lesquels elles ne sont pas faites. La religion, loi de l'âme et de la foi, contient des dogmes essentiellement immuables. La législation, loi de la physique sociale, doit au contraire se transformer constamment.

On peut dire que la conscience évolue elle-même aussi ; la loi qui la régit doit pouvoir évoluer dans la même mesure.

Le principe est évidemment juste, mais il ne s'applique pas en matière de religion. Car la valeur d'une religion se mesure dans sa pureté primitive : le bon chrétien ou le bon musulman suit les commandements religieux dans leurs moindres détails, tels qu'ils ont été établis dans leur forme et esprit primitifs. Tandis que la valeur d'une législation se mesure à sa cohésion et son harmonie avec l'esprit de l'époque. Le résultat est que si on apporte des idées nouvelles au sein d'une religion, les innovateurs sont taxés d'hérésie. Tandis que dans le domaine législatif, on est hérétique (c'est tout au moins ce qu'on dit en apparence) lorsqu'on s'efforce de figer les règles dans des textes immuables.

On peut dès lors conclure qu'une loi sociale qui est, de par sa nature, changeante, ne doit pas être immobilisée dans les cadres rigides des lois religieuses (2).

en Dieu trois personnes (ou trois hypostases). » Coran, IX, 31; XXIII, 93, 94; IV, 169 ; V. 77. — Cf. Léon Gauthier, *Théorie de l'Ibn Rochd*, p. 28, Paris 1909, Ernest Leroux, éd.

(1) Houdas, *op. cit.*, pp. 7 et 8.

(2) On attribue couramment à l'Islam la maxime suivante : « La vraie religion, c'est la science constamment progressive ». Cela veut dire, dit-on, que le monde est dans un état de perfection permanente, et c'est dans la science qu'il faut chercher le secret de cette perfection. Or, une religion comme l'Islam ne peut, sans se démentir, refuser d'accepter dans son sein les nouveaux apports offerts par la science. Cette maxime signifierait donc que le vrai croyant est celui qui croit dans la perfection de la religion produite par la



*L'aspect social de l'Islam*

Qu'a fait l'Islam en ce qui concerne les relations sociales dans la communauté ? Il a réglementé les rapports des hommes dans la société sous tous leurs aspects ; il a créé des Codes religieux.

On a compté parfois cette œuvre de codification parmi les gloires de l'Islam. L'Islam, a-t-on dit, ne s'est pas contenté de nous apporter des règles morales et des injonctions culturelles ; il a organisé de plus la société sur des bases juridiques.

Mais si nous songeons que l'Islam, en ce faisant, a imprimé en même temps aux lois sociales le sceau de la stagnation, nous serons moins confiants et plus réservés dans l'éloge.

Si la force mystique de la foi religieuse fut un moyen efficace pour l'exécution minutieuse des lois sociales dans un milieu inorganisé tel que la société musulmane au moment de l'apparition de l'Islam, elle a frappé en revanche ces mêmes lois sociales d'une immunité et d'une éternité religieuses.

Au surplus, il est intéressant de noter ici que dans l'esprit du fondateur de l'Islam, il ne s'agissait pas d'entreprendre une œuvre de codification sous forme d'un corps de lois régissant la communauté. « ...Il n'a voulu donner, dit Gustave Pérès, *que des préceptes et des jugements à mesure que l'occasion s'en présentait*, dans sa vie aventureuse, et à l'exception du dogme d'un Dieu unique, le Coran ne renferme aucun principe, aucune vérité qui puisse faire le fond d'une véritable législation » (1).

Le droit musulman fut donc créé après le fondateur arabe. Et malgré l'esprit de l'Islam qui recommandait l'adaptation de la vie sociale aux nécessités du temps, malgré la conviction intime de certains jurisconsultes persuadés que la voie dans laquelle on s'était engagé ferait courir au droit musulman le risque d'une congélation mortelle, le mal grandissait, puisqu'il était inévitable, et puisqu'il résidait dans la racine même de l'institution.

---

perfection de la science. Elle donne à la science la même valeur que le croyant doit donner à la religion. La vraie religion est donc la croyance en la haute valeur de la science : la religion est la science. Si vraiment l'esprit de l'Islam est tel qu'on le prétend, il faut admettre qu'il n'a pas été très bien compris par ses adeptes.

(1) Gustave Pérès, *De l'origine des sectes musulmanes*, p. 7 ; conférence faite à la Société Africaine de France, Paris 1894.

*Exemples de la tentative de conciliation entre les lois religieuses  
et les nécessités de l'époque*

Certes plus d'une fois on a pu, par des interprétations sincères, remédier aux anachronismes les plus criants de la loi religieuse. Les exemples n'en manquent pas et on peut dire franchement dans ces cas que les décisions nouvelles sont en parfaite harmonie avec l'esprit de l'Islam.

Il y a même dans l'Islam un principe connu sous le nom de « principe de la nécessité ». Ce principe permet aux croyants d'accomplir des actes qui en temps normal leurs sont interdits, mais qui deviennent licites si leur accomplissement est jugé exceptionnellement utile ou inévitable. L'usage d'objets malpropres, par exemple, est admissible si la nécessité l'exige.

Transporté sur le terrain législatif, ce principe revêt une importance considérable. Il ouvre largement la porte aux interprétations les plus libérales et conduit même quelques fois à des acceptions nettement opposées aux commandements religieux.

Voilà des principes fondamentaux qui préparent le renouveau incessant des institutions juridiques :

Exact est la parole sacrée d'après laquelle la religion est la science qui évolue avec le temps.

Exact est aussi la consécration de cette idée d'après laquelle les peuples ne peuvent être soumis à des règles rigides dont le temps fera disparaître bientôt l'harmonie avec les besoins de l'époque.

Exact est enfin le principe de la nécessité qui brise les enclaves et donne à la société un élan vers le progrès.

L'éloquence de la parole prophétique parlant de l'humanité devenue une mare de sang (1) ne présente-t-elle pas à l'esprit l'image d'autres « mares » évoquées par un autre prophète, qui prêchait, celui-ci, la paix sous nos yeux, devant nous (2) !

Tout cela, pour la clairvoyance d'une religion, est glorieux. Mais il ne faut pas, d'autre part, à cause du respect qu'on doit

---

(1) On a attribué au prophète la parole suivant laquelle il est permis aux croyants de se désaltérer même si l'univers devient une mare de sang.

(2) Aristide Briand, discours de Périgueux. Voir journal *Le Temps*, 8 mars 1932.

à certaines vérités, fermer les yeux devant d'autres vérités non moins éclatantes.

Les principes rappelés plus haut ne préconisent certainement pas le procédé qui consiste à limiter les solutions adéquates à la seule tentative de conciliation.

La tentative de conciliation, si elle est parfois applicable, devient souvent impossible à cause des divergences fondamentales qui se manifestent entre les deux institutions. En fait, cette tentative a donné, parmi tant de problèmes en suspens, quelques solutions heureuses. Mais elle a donné aussi quelques fois — et ce ne sont malheureusement pas les moins nombreuses, — des solutions regrettables et des conséquences auxquelles leurs promoteurs ne pouvaient s'attendre. L'interdiction légale de l'intérêt, qui amena la vente à réméré des immeubles, en est un exemple frappant. L'intérêt étant interdit en droit musulman et cette interdiction nuisant au progrès du commerce et de l'industrie, les juristes musulmans ont été amenés à chercher une solution à ce dilemme. On a permis alors au prêteur de demander en gage, sous forme d'une vente déguisée, l'immeuble de l'emprunteur. La transaction avait donc en réalité pour but de créer une sorte d'hypothèque sur l'immeuble, tandis qu'en apparence elle réunissait toutes les conditions d'une vente à réméré. L'acheteur pendant la durée du contrat donnait l'immeuble en location à son propre vendeur et touchait en revanche à titre de loyer une somme d'argent qui représentait l'intérêt de la somme prêtée.

L'arrangement permettait de cette façon à l'acheteur, qui était en réalité un simple créancier, de toucher sous forme de loyer un intérêt pour le prêt consenti. Ainsi l'interdiction légale du prêt à intérêt était tournée. Mais comme le contrat de prêt était effectué sous la forme d'une vente à réméré, si au terme convenu le vendeur ne payait pas le prix de vente, l'acheteur devenait légalement propriétaire de l'immeuble. Et le débiteur qui n'était pas en mesure de payer sa dette à l'arrivée du terme se voyait ainsi exproprié de son immeuble. C'était une véritable confiscation, un vol légal (1).

L'emploi de cette solution en Perse donna lieu dans les annales juridiques à des iniquités criantes.

---

(1) Pour plus de détails, voir D<sup>r</sup> Mossadegh, *op. cit.*, pp. 64-65.



Et si pour toutes les questions en suspens, on trouve selon le procédé de l'islamisation des solutions pareilles, on conviendra sans peine qu'au bout de quelque temps l'ensemble de la législation devient chose indésirable.

Mais voici un autre exemple d'islamisation, mieux inspiré celui-ci. C'est une idée ingénieuse qui trouvera corps dans le statut personnel du Code civil persan, au chapitre du divorce. Autrefois, le droit de demander le divorce, sauf de rares exceptions, était refusé à la femme. On admet maintenant que la femme pourra se faire consentir par le mari, dans l'acte de mariage, une procuration lui permettant d'intenter devant le tribunal une action en divorce ou en séparation de corps, toutes les fois que la vie en commun lui sera vraiment insupportable. En pratique, ce procédé a déjà connu un commencement d'exécution. Evidemment ce n'est pas là une idée nouvelle ; on l'avait imaginée depuis longtemps dans la doctrine du droit musulman (1). Mais c'est une solution très heureuse, conforme à l'esprit de l'Islam.

Mais les exemples de ce genre ne sont pas nombreux et des solutions pareilles ne sont pas toujours concevables. A part des difficultés doctrinales qui amènent les juristes de bonne foi à préconiser des moyens dont les conséquences néfastes dépassent toutes les prévisions, comment pourrait-on appliquer le procédé de l'islamisation lorsqu'il s'agit non pas de réformes de détail, mais du changement en bloc de toute une série d'institutions ? Si on peut encore concevoir des réformes fragmentaires comme inopportunes mais peu nuisibles, des réformes en bloc, par contre, mettant le législateur en demeure de trouver un moyen terme entre deux idées inconciliables, engendrent une altération de la nature même de l'institution, et partant, des équivoques inextricables.

Il faut donc conclure que la vétusté des principes du droit islamique d'une part, la nécessité de leur réforme reconnue par l'esprit de l'Islam d'autre part, enfin le caractère inconciliable de certaines idées religieuses avec l'esprit actuel de la législation, les expériences malheureuses et surtout l'utilité restreinte de la tentative de conciliation pour tant de matières en suspens, nous

---

(1) Van den Berg, *Principes du droit musulman*, p. 155. note n° 5, Alger 1896.

donnent aujourd'hui des éléments suffisants pour dire que l'islamisation dans le sens où la préconisaient certains auteurs éminents est condamnable et nullement recommandée par le vrai esprit de l'Islam.

L'islamisation doit être conçue dans un tout autre esprit.

*Que faut-il faire aujourd'hui ?*

Nous avons vu la voie sur laquelle s'étaient engagés les juriconsultes musulmans en matière de droit islamique. Les lois religieuses avaient pris presque dès leur naissance et par suite de l'esprit particulier des fidèles un aspect véritablement sacré ; de telle sorte que plus tard, lorsqu'on fut amené à légiférer sur les différentes matières dont le besoin se faisait sentir, on essaya de rattacher les dispositions prises, pour mieux les accréditer, aux sources religieuses, sources qui étaient d'une étrange pauvreté et qui, par conséquent, ne répondaient nullement aux nécessités devant lesquelles on se trouvait (1).

De la sorte, la voie à suivre fut solidement débattue : *se cantonner sur les points de droit dans les règles strictement établies par la religion*. Il y avait lieu de dire avec beaucoup d'amertume « adieu » à toutes les règles sages que l'esprit de l'Islam avait ordonnées.

Nous ne pouvons plus choisir, aujourd'hui, une méthode qui était bonne, il y a quelques treize cents ans.

La raison ? c'est le bon sens même, car « le bon sens, disait Descartes, c'est la chose la mieux partagée dans ce monde ». Si nos prédécesseurs avaient suivi la méthode commandée par la religion, si la législation avait suivi son cours normal d'évolution, elle ne se trouverait pas dans l'état dans lequel elle se trouve aujourd'hui ; elle aurait doté au contraire les sociétés soumises à son règne d'un progrès social correspondant. Son continuel perfectionnement permettrait aujourd'hui sans aucune anomalie de continuer l'œuvre graduellement accomplie. Alors

---

(1) Cette manière d'agir était évidemment réservée aux sectes qui admettaient théoriquement la possibilité de l'adoption de nouvelles mesures basées sur les sources essentielles de la religion. C'est par exemple le cas des sectes hérétiques ; c'est aussi le cas des sectes qui n'ont pas conservé l'orthodoxie musulmane. Par contre pour les orthodoxes rigides, aucune nouvelle adoption n'était permise, de sorte qu'en dehors des lois positivement établies, toutes les autres sont taxées d'hérésie. Tel est le cas pour l'école Hambalite.

la législation islamique serait en parfaite harmonie avec nos idées modernes, puisqu'elle aurait évolué elle aussi avec ces idées. Mais ce n'est malheureusement pas le cas, et l'état de la législation islamique reste, ou à peu près, tel qu'il était au commencement de son apparition. Alors une soudure entre deux esprits séparés l'un de l'autre par une période plus que millénaire est, à ce qui paraît, au delà des possibilités humaines.

Dans un travail législatif, rien n'est plus sûr que la méthode de l'évolution. La loi accompagne jour par jour, étape par étape, l'esprit du milieu qu'elle régit. Et ses changements inaperçus et journaliers prennent corps dans les sentiments intimes populaires, sans troubler l'état organique de la société. Mais si on laisse les lois indéfiniment figées dans leur esprit, au bout de peu de temps elles seront en retard par rapport aux législations des milieux moins conservateurs. Elles provoquent de cette façon un retard dans le développement de ces milieux. Rien n'est plus dangereux dans de pareilles circonstances que d'imprégner les lois d'idées religieuses immuables. C'est là un défaut dont on aura beaucoup de peine à se défaire.

On soulignera avec raison que ce n'est pas une loi quelconque qui détermine le sort d'un groupement, mais au contraire c'est l'esprit du groupement qui donne jour aux lois. Dès lors il s'agit de maintenir l'activité et la santé d'esprit d'un peuple ; les lois dignes des milieux civilisés jailliront spontanément.

Sous réserve d'une question de principe et tout en reconnaissant l'interdépendance de ces deux éléments de législation et de perfection sociale dans la grandeur d'un peuple, on peut répondre que cette objection partiellement juste n'est pourtant pas opposable dans tous les cas. Elle n'a sa pleine valeur que dans un état normal de choses, c'est-à-dire lorsque le développement social n'est pas freiné par des obstacles de différente nature. Par contre, lorsque à la suite d'une décadence sociale lente et profonde, les facteurs moraux capables de rénover à chaque instant les qualités de vertu du peuple sont disparus, lorsque la conscience des devoirs sociaux a fait place à l'obéissance aveugle aux autorités religieuses, dans un état de dégénérescence pareille, la loi qui pour se donner plus de force se décore de titres religieux, en se déclarant divine et immuable (et avec la force mystique que cette épithète lui confère, elle domine de haut toutes les activités de la vie sociale), la loi n'est plus ce qu'elle devrait être, car on est



en droit de penser alors que ce n'est plus l'homme qui commande au moyen de la loi, mais que c'est la loi, rabougrie et rétrogradée dans sa mission entre les mains malpropres de ceux qui la manient, qui assujettit et asservit l'homme.

Certes, il y a un autre aspect de la question que l'on peut envisager. On peut dire que si un peuple se soumet à un tel point à des dispositions malsaines érigées en dogmes sacrés et immuables, c'est qu'il est incapable d'entrevoir les aspects du développement de la vie organique. Et dès lors, redoutant les péripéties malencontreuses des événements, effrayé dans son ignorance, il s'est soumis, pour préserver son âme, aux règles et concepts religieux dans lesquels il a foi. C'est donc sa faiblesse d'esprit qui est la cause de son assujettissement, et dans un tel état d'esprit, rien ne répond mieux aux desiderata rabaissés du peuple que les postulats religieux. Le côté mystique de la religion constitue pour lui un appui moral auquel il tente de s'accrocher, tout comme un naufragé s'accroche à une planche quelconque.

Cette analyse, dira-t-on, nous permet de revenir à notre principe primitif et de dire que c'est le milieu qui fait pour une grande part la loi.

Tout cela est juste, et il faut même aller plus loin et déclarer que la loi, pas plus que le milieu social, n'est à elle seule l'élément unique de la solution. Chaque élément pris à part n'offre pas le résultat recherché. Car chacun d'eux participe pour une part à la perfection de l'état social. De même que l'ambiance crée la loi, de même parfois la loi crée l'ambiance. Donc si on veut bien ne pas attribuer les effets de la vie sociale à une cause unique, mais à un concours de plusieurs causes différentes, on concevra facilement que quelle que soit au début la cause de la rigidité d'un texte légal, cette rigidité n'en contribue pas moins si elle persiste, au maintien d'un ordre social qui porte en soi le germe d'un proche désaccord. Certes si le peuple réagissait, cette rigidité ne persisterait pas ; et l'action législative — la rigidité est un très mauvais conseiller pour un peuple déjà atteint dans sa force de décision et dans son caractère viril — l'action législative, dis-je, quelque faible qu'elle soit, pourrait néanmoins jouer un rôle éducateur.

Il n'est évidemment pas permis de tirer de quelques maigres explications des conséquences massives. Mais il ne nous paraît

pas trop osé de faire remarquer que toute chose dans ce monde contient dans son sein un embryon à la fois d'utile et de nuisible. Le tout est dans la façon de l'appliquer. Même les erreurs graves peuvent, quand l'exécution est faite avec sincérité, donner lieu à des résultats féconds. Car « il n'est pas d'erreur, disait Herbert Spencer, qui ne contienne une petite âme de vérité » (1).

La religion crée la foi populaire, et par là elle peut parfois sauver l'humanité et l'empêcher de se précipiter dans un gouffre. Mais elle peut très bien certaines autres fois devenir cause du malheur et de la dégénérescence d'un peuple. La religion donc, qui dans son essence est certainement une chose bien définie, devient dans son application parmi les peuples complètement indéfinie, puisqu'elle peut émettre à la fois des idées bonnes ou mauvaises, partant des actes bons ou mauvais. Placée dans le domaine pratique, la vertu de la religion dépendra de la prédisposition mentale des milieux où elle s'exerce. On peut donc conclure que, socialement parlant, la seule chose dont on puisse tenir compte, c'est l'état d'âme de la masse pour laquelle la religion est faite. C'est la mentalité des âmes vivantes, ce sont ses aspirations et ses besoins moraux qui peuvent rehausser la valeur des vérités religieuses. Ce qu'il faut prendre en considération, ce n'est plus tel dogme ou tel concept moral ou religieux ; au point de vue social, cette estimation n'a aucun sens. Il faut envisager au contraire le milieu dans lequel ce dogme ou ce concept s'applique.

Il faut avouer ici que les dogmes de la loi islamique, peut-être très justes en eux-mêmes, n'ont pas trouvé une application favorable, et, peu de temps après leur naissance, ils ont eu à régir des sociétés pour lesquelles ils ne convenaient pas. Mais le mécontentement des peuples les plus soumis devait bientôt se faire entendre et la religion qui avait pour mission la sauvegarde de multitudes d'âmes a vu ses lois fermenter dans une atmosphère de haine et de sarcasme. Pour sauver les principes, les dirigeants n'avaient rien trouvé de mieux que de donner aux lois un caractère immuable. La religion qui avait elle-même déclaré ses lois sociales modifiables les vit frappées d'une rigidité ascétique.

Depuis, le monde a évolué, les lois se sont substituées aux lois, les conceptions se sont développées, mais les exécuteurs des

---

(1) Gide et Rist, *Histoire des doctrines économiques*, p. XII, Paris 1922, 4<sup>e</sup> éd.

lois musulmanes, l'épître d'excommunication en main, déclarent condamnable toute idée qui s'écarterait si peu soit-il des textes sacrés.

Le résultat, c'est qu'aujourd'hui on se sent lourdement chargé d'un fardeau d'inactivité séculaire. Veut-on maintenant recoudre les loques trouées de deux périodes si éloignées ? Il ne semble pas très sage de faire un tel saut pour relier l'esprit juridique du temps du Coran à celui de notre époque. Il y a quelquefois une mésintelligence si énorme entre le fond même des législations des deux périodes, qu'en voulant les concilier on risque soit d'enfanter un monstre, soit de faire inconsciemment table rase des premières dispositions au profit des secondes.

### *Comment doit-on concevoir le procédé de l'islamisation ?*

Voici comment on conçoit d'habitude le procédé de l'islamisation. Il existe, dit-on, des points (et ce ne sont pas les moins fréquents), qui sont parfaitement en harmonie avec nos idées modernes. Pour ceux-ci, il n'y a aucune rectification à faire ; on n'a qu'à les adopter tels qu'ils sont. Pour les autres qui ne sont plus conformes à l'esprit de notre siècle ou pour lesquels il n'existe aucune réglementation jusqu'à nos jours, il y a lieu de les amender et de les adapter en suivant l'esprit de l'Islam.

On ne peut se retenir de rapprocher cette mesure simpliste d'une vieille recette de canon qui disait : « Rien n'est plus facile que de faire un canon : vous prenez un trou et vous mettez du fer tout autour. » L'originalité est ici à peu près la même.

C'est toujours le même leitmotif de l'« esprit de l'Islam » qui réapparaît à chaque instant dans les arguments et qui constitue nous ne le savons que trop, une échappatoire commode qui est à rejeter.

L'islamisation doit être conçue dans un sens différent.

Le droit islamique doit être respecté pour autant qu'il constitue des coutumes régionales irréfragables. Pour le surplus, c'est-à-dire pour les points qui exigent des réformes, les amendements décisifs doivent être introduits sans louvoiements, même s'ils sont en contradiction formelle avec la lettre du droit islamique. Enfin en ce qui concerne les points de détail entachés d'anachronisme, mais enracinés dans les mœurs, le système légis-



latif doit devenir un système éducateur, c'est-à-dire qu'il doit se proposer la préparation du terrain pour des réformes ultérieures appropriées, et diriger son action en ce sens. Dans toutes les péripéties de ce mouvement, le droit islamique doit, au même titre que toutes les autres législations vivantes, servir de guide au législateur, tout en abdiquant de son prestige religieux. Certes, par le fait même que ces lois religieuses forment quelques fois des coutumes locales, à l'emprise desquelles on ne peut que difficilement se dérober, elles se verront en pratique mieux traitées que les autres législations. Vouloir s'attacher dans des travaux législatifs dans la mesure du possible aux mœurs et coutumes du peuple, rien de plus juste, car on frapperait de paralysie le peuple auquel on enlèverait les coutumes qui forment les caractéristiques de sa race. Mais ces lois ne porteront plus sur la tête le diadème brillant de la religion. Elles porteront modestement le titre de coutumes régionales, en attendant l'amélioration législative au fur et à mesure que l'occasion s'en présentera. On remplacera ainsi sans rien brusquer les coutumes mauvaises par d'autres coutumes meilleures.

Si on adopte ce système dans les pays où le droit musulman est encore en vigueur et où l'intrusion des législations étrangères n'a pas, volontairement ou involontairement, éclipsé le droit islamique, le droit musulman pourrait former un système juridique comparable à celui des législations de type latin, germanique ou anglo-saxon. Evidemment, le droit musulman, dans les pays où il se trouve, devrait être marqué du cachet national de chaque peuple dont les mœurs et l'esprit ethnique sont nécessairement distincts d'un pays à l'autre.

Mais cela n'empêche pas que dans son essence le droit musulman forme un système juridique réunissant les peuples musulmans dans leur tendance législative.

### *Plan du présent ouvrage*

Le plan à suivre dans ce présent travail est chose embarrassante. Une matière qui n'a jamais connu (du moins sous l'épithète que nous adoptons) une lumière apte à débayer le terrain, une matière d'où les difficultés de tout genre, tant historiques que doctrinales et schismatiques, sont loin d'être exclues, une telle matière ne se plie pas facilement à une délimitation étroite.

Le Code civil persan, qui a réglé la succession dans son premier traité, livre II, partie IV, titre II, dans une série de chapitres et de sections comprenant en tout 89 articles, étudie d'une façon incomplète la succession *ab intestat*. Certains points, tels par exemple les règles concernant le partage et le rapport des héritiers entre eux ou avec les créanciers ou débiteurs de la succession, sont complètement omis. Certains autres sont imparfaitement réglementés. Le tout a subi manifestement l'influence de la législation coranique. De sorte qu'une étude, même schématique du régime de la succession, tel qu'il est organisé en droit civil persan implique une vue d'ensemble de l'origine de cette institution, qui est inévitablement mêlée à l'histoire religieuse la plus orageuse et la plus confuse qu'on ait jamais connue à ce jour.

Remonter dans le passé ténébreux de cette histoire n'est donc pas une entreprise purement fantaisiste. La lutte des opinions diverses inspirées par des visées nationales, politiques, religieuses, sentimentales ou doctrinales, a attisé le feu à un tel point, que le schisme a envahi l'Islam plus que toutes les autres religions. Ceci ajouté au mutisme parfois déconcertant des lois religieuses qui devraient gouverner non pas seulement la foi du peuple, mais aussi sa vie politique, a créé un marasme inextricable. La porte était grande ouverte aux interprétations arbitraires, qui donnaient naissance à autant de schismes appelés à se développer et aussi à s'entre-dévorer sans trêve.

Une étude d'une telle envergure, contenant dans son sein les aspects divers d'une religion à travers les âges et visant en même temps les côtés doctrinaux, sociaux et juridique de cette religion, est en dehors de nos possibilités actuelles et aussi de notre but.

Si l'Islam, avec tous les schismes s'y rapportant, n'est pas encore complètement sorti des ténèbres dans lesquels il fut longtemps plongé (et il l'est encore du reste, tout au moins en ce qui concerne la plupart des schismes hérétiques), il n'est pas moins vrai que la voie est maintenant ouverte pour que la lumière se fasse bientôt jour dans cette partie de l'esprit humain la plus impénétrable et la plus mystique (1).

---

(1) Le sectarisme musulman a déjà fait et peut faire encore l'objet d'intéressantes études. L'Islam est divisé principalement en deux sectes distinctes :

Etant donné les travaux qualifiés qui sont effectués par d'éminents savants orientalistes sur les différents aspects de la question, nous nous dispensons de parler de la naissance de l'Islam, de ses conceptions et de l'empire de ses lois, de l'évolution de son esprit dans les différents pays, des vicissitudes des luttes doctrinales et bref, de tout ce qui se rapporte à son histoire religieuse. Nous nous contentons de tracer schématiquement les grands traits de la naissance et du développement du chiisme en Perse, qu'on peut considérer à l'heure actuelle comme la patrie de cette doctrine religieuse. Cela est nécessaire pour nous rendre plus compréhensible l'étude de la succession persane.

Mais même bornée à ces limites, l'étude détaillée et scientifique des dogmes chiïtes dans leurs aspects les plus divers est une entreprise prétentieuse à laquelle nous n'entendons pas nous abandonner (1).

Nous ne parlerons par ailleurs qu'incidemment de l'orthodoxie musulmane, la partie qui, par sa simplicité et son positivisme est la plus accessible à la recherche (2).

Il reste encore d'autres choses à éliminer.

Dans l'étude schismatique du chiisme, il est très difficile, en développant les théories doctrinales des différentes sectes, de s'imposer le silence au sujet des personnages et des théoriciens qui ont élaboré ces doctrines et qui, à part de leur autorité religieuse, ont contribué à la formation d'un esprit juridico-social.

le sunnisme (orthodoxe) et le chiisme (dissident). Les chiïtes sont considérés par les sunnites comme des hérétiques. Chacune de ces sectes se subdivise à son tour en plusieurs rites ou écoles. Les rites sunnites, à part quelques-uns, qui ont disparu tout de suite après leur naissance, sont aujourd'hui au nombre de quatre : Hanafite, Chafiïte, Malikite et Hambalite. Pour les chiïtes la question est beaucoup plus complexe ; les rites sont en nombre plus élevé et à caractères plus compliqués. Dans cet ouvrage, il ne sera traité que du chiisme.

(1) A part les « sept sciences » exigées par les interprètes du Coran pour comprendre la signification exacte du Livre Saint ; à part une connaissance profonde de l'histoire des diverses religions ; à part les vastes connaissances lexicologiques que de telles études nécessitent, l'histoire troublée des schismes de l'Islam et plus particulièrement du chiisme, l'étude de la pénétration de leurs idées érigées en doctrines religieuses, présentent à elles-seules de redoutables difficultés.

(2) En fait, elle est mieux connue sous tous ses différents rapports, pour cette simple raison d'ailleurs que le centre de son exercice était plus en contact avec l'Europe.



Mais combien la liste deviendrait chargée, si on voulait citer tous ces personnages et étudier leurs œuvres. Et une sélection serait d'autant plus arbitraire, qu'un choix de ce genre exige une connaissance autrement ample et détaillée des choses de l'Islam.

Il faut donc aborder ce travail avec l'aveu amer de l'insuffisance de notre effort ; insuffisance qui, si l'immensité de la matière l'explique, ne saurait nullement écarter l'espoir d'une reprise prochaine du labeur, en vue d'une perfection souhaitée.

Il s'agit donc ici de rapporter sous forme de nomenclature les sectes les plus importantes du chiisme, en vue d'une meilleure compréhension successorale que nous nous sommes proposée. Nous resterons donc aussi succincts que possible pour le développement des doctrines essentielles des sectes les plus importantes et nous réduirons à l'extrême la citation des auteurs et de leurs théories.

Sous cette forme abrégée, l'exposé du chiisme formera donc le premier chapitre de notre ouvrage.

D'autre part, il n'est pas très prétentieux de vouloir, dans une étude de la dévolution successorale, s'arrêter un instant à la valeur du fondement de l'institution au point de vue économique. Le côté économique de la succession constitue dans notre civilisation actuelle l'objet de dissertations laborieuses. Combien cette question a fait couler d'encre et combien elle en fera encore couler, jusqu'à ce qu'une solution équitable, si elle existe, puisse intervenir

Mais nous ne nous dissimulons pas les difficultés de la tâche à entreprendre. Nous savons la répugnance que peut provoquer une solution médiocre. Aussi notre intrusion sur ce domaine ne sera-t-elle qu'une simple parenthèse (un peu longue, il est vrai), pour fixer parmi tant d'autres solutions pressenties jusqu'à ce jour, celle à laquelle nous apportons notre suffrage. Nous n'avons donc aucune intention de spéculation personnelle sur le fond de la matière. La tâche devient ainsi beaucoup plus aisée que celle vers laquelle nous pouvions être entraîné.

Mais auparavant, une étude de l'origine de la succession en droit romain et en droit germanique et la comparaison avec l'origine de cette institution en droit musulman paraît indispensable. Aussi une section, d'ailleurs extrêmement succincte, sera réservée à cette étude.

D'une part rechercher l'origine de l'institution, d'autre part étudier son fondement économique : voilà les deux sections de cette deuxième partie de notre ouvrage qui formeront ainsi le Chapitre II.

Enfin, sur le terrain essentiel de notre travail, c'est-à-dire la succession en droit persan, nous prendrons le nouveau Code civil. pour base de notre étude. Cette partie ne sera ni plus aisée dans sa confection, ni moins ardue dans la pénétration de son esprit. Surtout si on considère le peu d'analogie qu'il y a entre ses idées fondamentales et celles des autres législations sur la matière, on conçoit facilement l'érudition qu'on doit apporter pour établir dans une étude comparative l'analogie qu'on ne voit guère entre les deux termes de comparaison.

Quoiqu'il en soit, nous prenons pour base de notre étude comparative plus particulièrement la législation française, et cela pour autant qu'il nous est possible.

Dans cette étude comparative, nous dressons chaque fois qu'il est nécessaire en face de la législation successorale persane, imprégnée de la doctrine chiite, la législation successorale sunnite, qui ne manque pas de contenir par rapport à la législation précédente, des points de divergence profonde.

Quant aux autres législations, nous intercalerons leurs dispositions correspondantes (et cela toutes les fois qu'il nous sera possible) dans le cadre de la comparaison principale, sans leur consacrer de rubriques spéciales.

Cette partie fera l'objet de notre troisième chapitre, qui sera suivi, sous forme de conclusions, de brèves suggestions en vue d'une réforme prochaine en matière de succession persane.

---

## CHAPITRE PREMIER

### Le Chiisme

---

#### SECTION I. — GÉNÉRALITÉS

« Dans cet Orient qui, selon la belle expression de Michelet, ne semble point avoir d'âge, ni d'époque, et où s'est levé le soleil de la civilisation du genre humain, comme s'y lève tous les jours le soleil qui éclaire le monde, dans cet Orient tout est resté stationnaire depuis des milliers d'années : religion, mœurs, lois et coutumes ».

C'est ainsi que Gustave Pérès parle dans une conférence (1) donnée par lui à la Société africaine de France, conférence déjà vieille en date, mais qui contient hélas, une idée aussi fraîche que celle du jour où elle a été émise.

Mais peu de temps après sa naissance, l'Islam commençant déjà à se partager, a pris bientôt un aspect d'une diversité redoutable.

Ce que l'Islam avait donc perdu dans le développement progressif de ses idées, il l'avait regagné dans la diversité de l'expression de ces mêmes idées : ce qu'il avait donné en qualité, il l'a repris en quantité.

On pourrait bien dire que la diversité ne constitue pas moins un progrès : la qualité et la quantité sont l'une et l'autre, les versants de la même idée.

Mais dans le cas présent, si on se souvient des violences et des boucheries que le fanatisme schismatique a engendré au sein

---

(1) Gustave Pérès, *De l'Origine des sectes fanatiques musulmanes et de l'importation en Occident de quelques-unes de leurs doctrines*, Paris 1894



de l'Islam, on prendra secrètement une attitude moins généreuse.

L'Islam est la religion connue dans l'histoire par la rapidité de son extension. Dans l'intervale de 12 ans et à la veille de la mort du prophète, sa domination commençait à acquérir une proportion imposante. Il ne s'agissait plus d'une pénétration pacifique des lois divines dans les cœurs des prosélytes, mais au contraire de vraies conquêtes militaires précédées par des « ultimatum » (1).

Ces opérations militaires imposaient aux vaincus les lois des vainqueurs.

Il n'est pas difficile de rechercher la raison de cette tactique en matière d'expansion extérieure, dans le changement d'attitude du prophète survenu en matière d'ordre intérieur.

Au début de son apparition le prophète avait choisi, pour la propagation de sa doctrine, une méthode pacifique. Mais l'Islam et son promoteur durent subir, de ce fait, de dures épreuves. Le prophète essayait, en prêchant la morale, de détourner le sarcasme des adversaires. Que de persécutions furent engendrées par cet esprit de modération. Il fallait changer la tactique et vaincre la résistance des obstinés. Il ne fallait pour cela, que l'occasion. Celle-ci se présenta enfin, et entouré de ses dévoués, peu nombreux, le prophète réussit à s'imposer par force.

Cette période commença avec la fuite de Meddine en l'an 622 ; ce fut l'heure décisive pour l'Islam et l'ouverture d'une ère nouvelle dans son histoire.

Plus tard, l'Islam n'a jamais cessé d'agir, dans son expansion à l'extérieur, suivant le modèle donné par son chef dans sa consolidation à l'intérieur. Désormais, s'imposer par la force sera la tactique préférée.

C'est un résultat politique, si on peut s'exprimer ainsi, obtenu par le changement produit dans l'esprit du prophète. Mais ce changement emporta un autre résultat beaucoup plus intéressant au point de vue doctrinal. La question fut étudiée la première fois par Hubert Grimme. Ce changement a provoqué l'interversion de la philosophie même du Coran. Il s'agit des deux doctrines de la prédestination et du libre arbitre (2).

---

(1) Van Vloten, *Recherches sur la domination arabe, le chiitisme et les croyances messianiques sous le Kalifat des Omayyades*, Amsterdam 1894, p. 1.

(2) Dans la philosophie musulmane, il existe plusieurs expressions pour indiquer les deux théories en question. L'une de ces expressions est le mot

Ces deux principes constituent la base coranique du châtiment ou de la miséricorde divine. Ils servent dans le Livre Saint comme une sorte de leitmotiv pour enjoindre la menace ou promettre l'espoir ; et ils prennent corps sinon dans des mêmes phrases, au moins dans des mêmes contextures et causent ainsi la plus grande confusion dans les esprits.

Le Livre Saint est rempli de versets qui, toujours avec une conviction égale, exposent les deux idées contradictoires en question.

Dans les 2 versets 5 et 6 de Sourat 11, Dieu en s'adressant à son envoyé lui déclare :

« Ceux qui sont infidèles, que tu les avertisses ou non (en leur prêchant l'islamisme) cela leur est égal ; « ils persisteront dans leur aveuglement » car « Dieu a imprimé son sceau sur leurs cœurs ; leurs oreilles, et leurs yeux sont couverts d'un voile et ils sont destinés à la rigueur des supplices » (1).

On ne saurait admettre un ton plus despotique dans l'énoncé d'un châtiment qui frappe l'infidèle tout en lui enlevant la possibilité de se convertir puisque « Dieu a imprimé le sceau sur son cœur ». Il lui enlève le choix et pourtant il le livre aux supplices rigoureux.

Le contenu du verset 4 du 22<sup>e</sup> sourat « Le pèlerinage » n'est encore autre chose que l'affirmation de la même idée. Il dit en somme qu'il n'y a de salut que pour celui que Dieu veut, car le nom de ceux qui sont guidés par Satan, est inscrit dans le décret divin. Ils doivent néanmoins purger leur peine.

D'autre part le verset 24 du 3<sup>e</sup> sourat annonce le sort qui est réservé le jour du jugement dernier à chacun suivant ses actes ; chacun obtiendra ce qui lui adviendra par ses actions (pour l'accomplissement desquelles il est resté par conséquent complètement libre).

---

« qadar » dont les partisans sont appelés qadarites et qui n'ont pas d'ailleurs manqué de former une école du même nom, pour professer leur doctrine. Ce qu'il y a de particulier dans ce mot, c'est son sens générique. Ce mot s'emploie en même temps et pour les partisans de la théorie de prédestination et pour ceux de la théorie du libre arbitre. Pour l'étymologie de ce mot voir Léon Gauthier, *Introduction à l'étude de la philosophie musulmane. L'esprit sémitique et l'esprit aryen. La philosophie grecque et la religion de l'Islam*, Paris, 1923.

(1) Coran par Savary, *La Mecque 1165 hedjire*, t. 1<sup>er</sup>, p. 3, versets 5 et 6. La traduction de Kazimirski est aussi très accréditée.

De même, le sourat 41, en parlant des Adéens et des Themudéens énorgueillis par leur force, et téméraires dans leurs négations, décrit la vengeance divine et annonce les mêmes châtiements à ceux qui suivent leur exemple. Le verset 16 dit pour les Themudéens, que Dieu a voulu les conduire en bonne route, mais ils persistèrent dans leur aveuglement. Alors « le courroux du ciel les fit disparaître » (1).

Donc Dieu voulait les éclairer et les conduire, mais ils se sont obstinés dans leur ignorance. C'est à eux-mêmes qu'ils doivent s'en prendre, puisqu'ils avaient le choix de leur sort.

La citation, dans un sens ou dans l'autre, peut être multipliée.

Il faut, d'autre part, remarquer que ce n'est pas la seule question sur laquelle il existe une contradiction. « Il serait difficile, dit Goldziher, de tirer du Coran même un système de dogme unitaire, homogène, et exempt de contradiction » (2).

Le prophète lui-même, frappé de ces divergences, a déclaré en parlant du Livre Saint que personne autre que Dieu n'en connaît le sens ; et cela après avoir déclaré auparavant qu' « il révèle un Coran arabe clair, exempt de détours ».

Et plus tard, assailli des interrogations sur les parties contradictoires du Coran, il répondra aux plus tenaces : « Le Coran n'a pas été révélé pour que vous tiriez argument d'une de ses parties contre l'autre comme le faisaient les peuples anciens avec les révélations de leur prophète ; dans le Coran une chose confirme plutôt l'autre. Ce que vous en comprenez, vous devez vous y conformer ; ce qui vous embarrasse, acceptez-le avec foi » (3).

Alors que fallait-il penser de cet échafaudage dressant, l'une en face de l'autre, deux théories si contradictoires dans leur essence ? Le sort de l'homme dépendrait-il de la volonté toute puissante divine (fataliste) ; ou bien l'homme serait-il responsable de ses actes (libre arbitre).

Voilà le problème : il faut chercher la réponse dans les faits qui engendrèrent cette contradiction. D'où provient en somme cette contradiction ? Elle provient, comme nous disions plus haut, du changement survenu dans la politique d'action du prophète. Hubert Grimme, l'auteur de l'ouvrage *Analyse de la*

(1) Le Coran, trad. cit., t. II, Sourat XLI, verset 16, p. 257.

(2) Goldziher, *Le dogme et la loi de l'Islam*, p. 62, Paris, 1920.

(3) Goldziher, op. cit., p. 63.



*théologie du Coran*, démontre que le voyage de Meddine marque une phase nouvelle dans la littérature du Coran. Avant cette date, le prophète pensait au libre arbitre, plus tard il pensera à la prédestination.

Cette analyse est très juste.

« L'année 622, dit sur le même sujet Goldziher (1), marque la première date dans l'histoire de l'Islam. Rayé par ses concitoyens et ses contribules, Mahomet émigre dans la ville plus septentrionale de Yatrib...

« ...Cette distinction chronologique se justifie absolument par l'examen critique du Coran. De la période Mekkaïne datent les prédications dans lesquelles Mahomet présente sous une forme fantastique, impétueuse, et spontanée, les moyens que lui suggérait son ardente exaltation. Il ne fait pas entendre le cliquetis de sa propre épée ; il ne s'adresse pas à des guerriers, ni à des sujets ; il révèle plutôt à la foule de ses contradicteurs, la conviction qui domine son âme de la toute puissance infinie d'Allah créateur et maître de l'Univers, de l'approche du terrible jugement dernier de la fin du monde dont la vision l'arrache à son repos...

« ...Mais peu à peu, la fougue prophétique s'apaise dans les prédications de Meddine dont la rhétorique plus pâle... s'abaisse parfois jusqu'à la prose courante.

« ...Avec une sagacité calculée et réfléchie, avec une prévoyance astucieuse et une prudence toute mondaine, il lutte à présent contre les adversaires qui, à l'intérieur et à l'extérieur, contre-carrent ses desseins....

« ...Tandis que Mahomet à la Mecque, fait le récit de ses visions en périodes rimées dont les phrases coupées suivent pour ainsi dire le battement fiévreux de son cœur ; à Meddine, la révélation revêt la même forme, mais dépouillée de son élan et de sa force même, lorsque le prophète reprend les thèses de la prédication de la Mecque ».

(1) Goldziher, *op. cit.*, pp. 6 et ss., notamment pp. 9 et 10.

Bibliographie sur la prédestination et libre arbitre : Er Risâlah fil-qâda wa'l qadar, du Docteur Soufi Abd ar Razzaq, texte Paris 1879, traduction faite par Stanislas Guyard au *Journal Asiatique* 1873, I. Aussi Vlioger (A. de), *Kitab al Qadr*, matériaux pour servir à l'étude de la doctrine de la prédestination dans la théologie musulmane, Leyde, 1903.

Voici encore Baron Carra de Vaux qui abordant le même sujet dans *Le génie sémitique et le génie aryen dans l'Islam*, dit qu'à la Mecque « ....son enthousiasme (de prophète) était véhément.

« Dans les petits morceaux, coupés en versets très courts, où la vigueur du style s'alliait à la splendeur de l'expression, il prêchait l'unité de Dieu et sa toute puissance.... » (page 27).

Et plus loin après l'émigration et l'installation du prophète avec ses partisans à Médine, l'auteur dit en substance (p. 37) que la communauté ainsi établie à Médine « prenait l'apparence d'un embryon d'Etat ». Il fallait maintenant l'organiser et pour cela il fallait vaincre les contradicteurs par la force.

« La guerre se présentait comme devant être désormais l'une de ses fonctions vitales ; l'islamisme allait devenir une religion armée : il allait enfin être lui-même » (même page).

Ainsi, après avoir pratiqué un libéralisme bienveillant, les circonstances amenèrent Mahomet à changer sa position pour ériger en dogme religieux et exiger en fait la soumission à la toute puissance divine de tous ceux qui par une perfidie insensée persistaient dans leurs conceptions grossières et s'opposaient à l'accomplissement de sa mission prophétique.

Il serait intéressant, — si le cadre de notre étude le permettait, — d'approfondir davantage la thèse du libre arbitre et celle du fataliste du Coran, matière qui éveille tant de curiosité dans la théologie musulmane.

La question a même dépassé le cadre de la curiosité scientifique et s'est infiltrée dans l'esprit même des peuples de l'Orient (1) ; elle revêt ainsi un intérêt psychologique. Mais l'Etude approfondie de cette matière nous amènerait trop loin. Qu'il nous suffise donc de remarquer une fois de plus que les circonstances provoquèrent un double changement dans la marche jusque-là tracée de l'Islamisme ; d'une part sur le terrain dogmatique, le changement de conception des principes religieux, et d'autre part, sur le terrain pratique, le changement de tactique et d'action. Ce dernier changement assura à l'Islam un avenir brillant, sinon au point de vue de l'administration des

---

(1) C'est plus juste de dire, que c'est l'esprit arabe — pour lequel d'ailleurs l'islamisme était fait — qui était plus familier avec le fataliste. Le libre arbitre fut plus tard, la doctrine des écoles rationalistes.

pays soumis, du moins au point de vue de l'immensité des territoires conquis.

Mais la nouvelle religion passait encore ses moments décisifs, lorsque son chef lui fut arraché par la mort. Le prophète n'a même pas pu choisir, au moins d'une façon expresse, celui qui, devenant son successeur, devrait prendre la direction du sort de la nouvelle religion. Dans ses derniers instants, le prophète, devinant probablement les dissidences qui pourraient surgir entre les aspirants au pouvoir — dissidences capables de nuire aux intérêts de la communauté musulmane encore assez débile — aurait voulu étouffer le mal dans l'œuf en choisissant son successeur.

Il aurait demandé à rédiger en guise de testament ses dernières intentions et à dire à son peuple sur qui il portait ses préférences. Il est évidemment regrettable que si un tel souci, existait dans l'esprit du prophète, il ne l'eût pas exprimé plus tôt.

On est porté à supposer que vraisemblablement la question de succession occupait toujours l'esprit du prophète, et s'il n'a pas donné acte de son intention, il a voulu différer la désignation jusqu'au dernier moment, pour être en accord parfait avec le dernier stade de l'opinion tacite de sa communauté. Surtout, s'il avait senti la dissidence qui existait entre les opinions de ses disciples, ce qui est du reste fort probable, il était bien plus prudent de remettre cette nomination au dernier moment pour se conformer d'une part aux circonstances qui pouvaient surgir, et d'autre part au dernier état d'esprit du milieu qui régnait.

Quoiqu'il en soit, le fait est qu'on lui refusa ce qu'il fallait pour écrire ; et parmi les assistants un de ses grands disciples et collaborateurs : Omar qui fut plus tard le 2<sup>e</sup> Calife, homme d'une intelligence et d'une cruauté rares, fit croire aux assistants que le prophète était en état d'agonie et en proie à une hallucination.

Ainsi l'Islam resta sans chef désigné et la question de la succession fit déclancher le problème doctrinal à savoir : *si la nomination du chef de l'Islam est un acte humain ou un acte divin*. Cette question est le point de départ de tout ce que nous avons à étudier.

Le corps du prophète n'était pas encore tout à fait refroidi, que déjà dans le voisinage on se disputait le pouvoir.

Ali, le futur héros des chiïtes, fut la seule personne qui resta autour de la dépouille du prophète, pendant qu'Abou-Bekr, le



beau-père de celui-ci, fut élu comme Calife aux bons soins de Aïcha, la fille du 1<sup>er</sup> Calife, la femme favorite du prophète. Les élections terminées le Calife fit son apparition devant Ali. Celui-ci reprocha durement sa façon d'agir, à quoi Abou-Bekr répondit qu'il avait agi de la sorte, pour sauvegarder l'intérêt de l'Islam qui était menacé par la guerre civile.

Voici d'ailleurs comment le fait est rapporté par M. Baron Carra de Vaux dans son ouvrage intitulé : *Le Mahométisme* (1).

L'auteur croit d'abord que « dans sa pensée intime Mahomet avait voulu remettre au sort des armes le soin de désigner son successeur. Il aurait admis ainsi la guerre civile comme un moyen légitime de fonder un gouvernement ». Cette conjecture ne peut être admise, qu'avec beaucoup de réserve. Pour appuyer son hypothèse l'auteur poursuit : « Cette pensée (la pensée de fonder le gouvernement sur la force du vainqueur) se répandit dans l'Islam. Elle commença à y agir au moment où le prophète venait de rendre le dernier soupir. Son corps n'étant pas encore lavé, tandis que la foule pénétrait pour le voir dans l'appartement d'Aïcha, des groupes de musulmans, qui n'étaient point Koreïchites (2), se réunissaient sous le portique de la maison du Benou Saadah, et tentaient d'élire l'un d'eux, Saad, fils d'Obadah.

Abou Bekr, le père d'Aïcha et le beau-père du prophète, fut appelé par les femmes pour ensevelir le corps, mais laissant à d'autres ce soin, il se hâta de se rendre parmi les musulmans assemblés. Ali, le cousin germain et le gendre du prophète, resta auprès du mort. Il y eut grand tumulte dans la maison où se faisait l'élection ; on fut sur le point d'en venir aux mains. A la fin, la candidature de Saad fut écartée et l'on proclama Abou-Bekr. Lorsqu'Ali, étant sorti de la chambre du prophète, vit, occupée par Abou-Bekr, la place à laquelle il pensait lui-même avoir droit, comme le plus proche parent de Mahomet, il en eut un grand dépit. Il adressa à Abou-Bekr de vives récriminations, auxquelles celui-ci se contenta de répondre : « Ce que tu dis, est

(1) Baron Carra de Vaux, *Etudes d'histoire orientale. Le Mahométisme, le génie sémitique et le génie aryen dans l'Islam*, p. 65, Paris, 1897, H. Champion, éd.

(2) Mahomet, d'après certaines traditions sur lesquelles M. Baron Carra de Vaux base ses conjectures, aurait demandé qu'on laissât la présidence de la communauté à un Koreïchite.

juste ; mais j'ai accepté le pouvoir pour détourner la guerre civile. »

De ce rapportage, il nous semble pouvoir tirer une conclusion. Si le prophète avait vraiment déclaré sa volonté de laisser le pouvoir entre les mains d'un Koreïchite (1) et si d'autre part il avait voulu dans sa pensée intime laisser le sort de la succession entre les mains du plus fort, il en résulte, que dans son esprit, son successeur était déjà indiqué : c'était son gendre et son cousin Ali.

Le prophète aurait voulu (si toutefois ces conjectures sont exactes) sans déterminer expressément la personne, laisser cependant le pouvoir entre les mains d'Ali en subordonnant la nomination du successeur à des conditions éliminatoires. En effet, Ali était parmi les Koreïchites, d'une part le plus proche parent du prophète et d'autre part le plus connu par sa bravoure.

De sorte que s'il fallait remettre au sort des armes l'acte de désignation du successeur du prophète, Ali aurait gagné assurément le pouvoir.

Quoiqu'il en soit le fait se déroula d'une autre façon et Ali fut éloigné du pouvoir.

Mais il n'est pas certain que si lui, Ali, moraliste de haute valeur et homme d'une conscience élevée, était arrivé au pouvoir, par le fait qu'il était un administrateur et un politicien médiocre, son avènement eut été dans l'intérêt de l'Islam de cette époque.

Evidemment, si l'Islam avait été solidement organisé, si les horreurs d'intrigues, qui pour un homme de scrupule sont répugnantes, ne s'étaient pas jouées dans cette atmosphère de haine et de crime, Ali aurait pu être un chef idéal. Mais pour un Islam où tout le monde se disputait le pouvoir, où le seul point de cohésion et d'entente que fut le prophète venait de disparaître, où les nobles sentiments des uns étaient les pires traquenards au service de la rivalité des autres, dans un tel milieu, l'élection de cet homme honnête et fortement convaincu de la prédominance de la justice divine dans la société des hommes, ne pouvait pas être utilement admise.

---

(1) Koreïch est la grande tribu à laquelle appartenait le prophète.

Abou-Bekr fut élu, ainsi que nous venons de le voir, au Califat par la communauté musulmane. Mais une partie de l'opinion désapprouva cette élection.

Qu'est-ce qu'on reprochait au juste à cette élection du Calife par la communauté musulmane ?

Tout d'abord, on disait que la dignité de Kalâfat ne peut pas être accordée par les hommes. Car le chef des musulmans est en même temps le chef de la religion islamique et ce n'est que la volonté de Dieu qui peut accorder le pouvoir à celui qui est muni d'une inspiration divine. Ce fut de la part des partisans de cette opinion, la condamnation de l'élection en matière de Kalâfat. Cette opinion conduisait ses partisans à déclarer que le pouvoir devait être maintenu d'une façon héréditaire dans la famille du prophète. Mais le prophète n'avait plus d'héritier masculin. Il avait une fille qui fut de bonne heure l'épouse vénérée d'Ali. Ce dernier était d'autre part le cousin du prophète, lien de parenté encore renforcé par la tutelle désintéressée et protectrice d'Abou-Tâlib, le père d'Ali sur la personne du prophète, devenu orphelin de très bonne heure.

Ali était (avec Abou-Bekr si ce n'est avant lui) après Khadija (la première épouse du prophète) la première personne qui embrassa l'Islam. L'histoire du début de l'Islam veut que le prophète invitant dans un festin, tous les notables de sa famille pour leur faire entendre la voix divine qui vibrerait dans son cœur, eut été l'objet des plus dures railleries.

Ali seul, répondant à son appel par un élan d'enthousiasme peu modéré, mais qui ne déplût pas au prophète, se déclara défenseur de l'Islam. Il s'offrit pour briser la résistance de tous les adversaires. Le prophète l'annonça déjà comme son successeur. Cette annonce fut plus tard réitérée.

A un âge assez avancé où l'islamisme se développait par des conquêtes brillantes, au retour d'une expédition heureuse, le prophète en s'adressant à ses disciples, a déclaré qu'Ali sera le maître de celui qui aura le prophète comme maître (1).

---

(1) Baron Carra de Vaux, *op. cit.*, p. 115. A l'occasion de cet événement important pour l'histoire de la secte chiïte on organisa en Perse, sous les gouverneurs Bouyides, une fête qui commémorait l'acte de l'investiture. L'investiture eut lieu près de l'étang de Khumm et fut appelée pour cette raison « id-al-Ghadir-al Khumm », c'est-à-dire la fête de l'étang de Khumm. Voir Goldziher, *op. cit.*, p. 192, note n° 119, chapitre V.



Cette déclaration serait d'après les partisans d'Ali son investiture à la succession du prophète.

Ces partisans croient d'autre part, connaître l'intention du prophète de nommer, au moment de son dernier soupir, Ali comme son successeur. Le tour, habilement joué par Omar, aurait empêché, dit-on, la réalisation de ce dessein.

Le Coran d'après ces mêmes partisans contenait des assertions sur le même sujet. Mais dans le travail de rédaction, entrepris par Othman, 3<sup>e</sup> Calife, elles furent retranchées de l'ensemble des textes du Livre Saint.

L'ensemble de ces raisons servent aux alides pour soutenir l'illégalité de l'élection et réclamer la légitimité dans le problème de la succession.

De fait, les trois premiers Califes furent élus avant que la magistrature suprême, échut au nom d'Ali. Mais le problème de la succession légitime était toujours en suspens et irritait constamment une partie des opinions. De sorte qu'Abou-Bekr, le 1<sup>er</sup> Calife, pour repousser les difficultés qui pouvaient surgir à l'occasion de l'élection du nouveau Calife, eut le soin de désigner par écrit son successeur Omar.

Quoique ce choix devait encore être soumis à la ratification des musulmans, il n'en fut pas moins déterminant. Parvenu au pouvoir, Omar fut bientôt assassiné par un chrétien qui était, à ce moment le seul infidèle, dit-on, autorisé à séjourner sur le territoire musulman.

La nomination d'Othman, 3<sup>e</sup> Calife, fut réglée par un des membres de la commission des six, nommée préalablement par Omar.

Mais il fut, lui aussi, assassiné peu de temps après son arrivée au pouvoir, dans sa résidence envahie par la foule. Ali, mis au courant des fureurs de la populace, envoya en hâte ses deux fils Hassan et Hussein pour défendre la vie du chef des croyants. Mais lorsque lui-même arriva, tout était déjà fini. Il fut consterné à l'annonce de la nouvelle. Furieux, il souffleta Hassan et donna un coup de pied dans la poitrine d'Hussein en s'écriant : « Se peut-il que l'émir des croyants ait été tué quand vous défendiez l'entrée de sa demeure » (1). Et cependant Othman était son adversaire politique ! Aïcha, qu'une ancienne animosité dres-

---

(1) Baron Carra de Vaux, *op. cit.*, p. 117.

sait depuis longtemps contre Ali (1), accusa ce dernier d'avoir pris part dans le complot d'assassinat d'Othman.

Ali, exhorté par ses partisans, hésita à prendre le pouvoir. Dans son esprit honnête et resté toujours fidèle aux intérêts de l'Islam tel qu'il les concevait, il lui était très dur de constater la cupidité de ceux qui étaient appelés à diriger la société musulmane.

Ces constatations lui suggéraient le dégoût de poser sa candidature pour un pouvoir qui ne le tentait pas. Mais il céda enfin et fut nommé ainsi 4<sup>e</sup> Calife. Il fut surnommé « le juste » ainsi que ses trois prédécesseurs.

Mais les élections à peine terminées, il se trouva en butte aux hostilités de ses adversaires. Dans les batailles qu'il engagea pour vaincre les hostilités de Moawiya, gouverneur de Syrie, qui refusait de lui obéir, et pour combattre Aïcha qui était implacable dans sa haine, les historiens soulignent sa piété et sa sublime émotion pour les intérêts de l'Islam qui le tourmentaient tout le temps. Le jour où il se voyait le chef d'une armée imposante par le nombre, la discipline et l'éclat de l'armement, une armée qui n'était plus comparable à celle du début de l'Islam et qui, au fur et à mesure de nouvelles conquêtes des grands pays devenait maintenant effrayante ; le jour où il voyait en face de ses camps innombrables, les camps de ses adversaires au milieu desquels la litière blindée d'Aïcha était dressée sur le dos des bestiaux (2), cette femme tant chérie par le prophète sur le sein de laquelle Mahomet rendit le dernier soupir : le jour où il pensait que la communauté musulmane était livrée ainsi à une lutte fratricide cruelle et à une effusion du sang qui affaiblirait l'Islam dans ses racines ; ce jour-là, il eut un instant d'hésitation.

---

(1) On dit qu'à l'occasion d'une expédition militaire, au coucher du soleil, la colonne ayant fait halte, Aïcha, femme aimée du prophète, s'éloigna assez loin des troupes pour se promener. A son retour, elle vit l'armée partir et sa litière rechargée par ses hommes qui la croyaient dans l'armée. Elle s'assit alors au bord du chemin et prise par le sommeil elle tomba endormie. Le chef d'arrière-garde, qui devait joindre l'armée en passant, l'a reconnue, l'a prise sur sa selle et le lendemain la rendue toute confuse au prophète. Ali en entendant les accusations portées sur le compte d'Aïcha ne l'a pas défendue aussi énergiquement qu'elle l'eût désiré. De là son intransigeante rancune.

(2) Cette bataille est connue pour cela, sous le nom de la « journée du chameau ». Baron Carra de Vaux, *op. cit.*, p. 121.

Quoi, pensait-il, lui défenseur de la communauté musulmane, acculé à la détruire par la guerre civile ? Il fallait un dur travail intérieur pour le convaincre qu'en se livrant à ce genre de réflexion, l'autorité pourrait passer aux mains des indésirables et cela pour le plus grand dommage de l'Islam.

Ce fut encore la pensée de l'intérêt des musulmans (cette obsession qui le préoccupait tout le temps) qui put enfin le déterminer.

De même, nous le voyons dans la bataille de Siffin (1), bataille qui décida de son sort, livré une fois de plus au même genre de réflexion. Il voulait faire prévaloir la cause de la justice.

Mais en acceptant l'offre de l'arbitrage proposé par Moawiya, par une perfide manœuvre (Auguste Muller l'a appelée « Une des plus indignes comédies de l'histoire du monde ») (2), il fut obligé de se retirer du pouvoir (3).

La bataille de Siffin date de l'an 657 de l'ère chrétienne, correspondant à la 67<sup>e</sup> année de l'hidjère (4).

Lorsque Moawiya vit son armée écrasée et sur le point de se rendre, il ordonna à ses hommes de fixer le Coran au bout de leur lance en criant « Que le livre de Dieu s'élève entre nous... » (5).

Ali ne voulait pas cesser la guerre et, se rendant compte de la manœuvre de celui qu'il connaissait bien hypocrite (6), il désirait en terminer une fois pour toutes avec ces provocateurs.

(1) Dans cette bataille, l'avant-garde de l'armée d'Ali portait un drapeau noir marquant leur volonté de combattre l'impiété. Cette couleur jouera plus tard un rôle important dans la défaite des Omayyades et la domination Abbaside. Voir Van Vloten, *op. cit.*, p. 64, note 5.

(2) Goldziher, *op. cit.*, p. 159.

(3) La manœuvre fut la destitution d'Ali par son propre arbitre qui était roulé par l'arbitre de Moawiya. Il était entendu entre les 2 arbitres, qu'ils destitueraient publiquement chacun leur mandant, pour laisser à la communauté la possibilité de choisir un nouveau Calife. Tandis que l'arbitre d'Ali destitua celui-ci, comme il était convenu, l'arbitre de Moawiya nomma au contraire son mandant comme Calife.

(4) La bataille de Siffin est rapportée par différents auteurs de différentes couleurs, parmi les ouvrages les plus détaillés et peut-être les moins partiiaux, on peut citer celui de Cheikh Mahmoud Abbas Al Ameli, l'incident de Siffin, Beyrouth, 1900.

(5) Baron Carra de Vaux, *op. cit.*, p. 129.

(6) En agissant ainsi, Moawiya n'avait pas en réalité l'intention de se soumettre au jugement de Dieu. Il ne voulait que gagner le temps



Mais ses hommes dévots crédules, épris du respect du Livre Saint, se déroberent aux ordres du chef, et Moawiya proposa de soumettre la solution de leur controverse à l'arbitrage (1).

Ali l'accepta et cette acceptation qui fut jugée durement par une partie de ses partisans, eut néanmoins dans la pensée de cet homme sincère, des raisons logiques et conformes à son système.

Le Kalâfat n'est pas seulement une puissance matérielle et étatique ; c'est aussi une dignité spirituelle qui en fait le chef de l'Eglise musulmane. Cette haute magistrature exige chez l'élu une perfection d'âme provenant de la nature divine, et son immunité de commettre des fautes irréductibles à la nature humaine.

L'homme est fautif. Dieu envoie le prophète qui, par ses révélations, transmet les moyens de salut aux âmes mortelles. Si après le prophète, qui certes avait seul cet avantage de la révélation divine, une sorte d'illumination spirituelle cesse de diriger l'homme des générations suivantes, celui-ci retombera bientôt dans les erreurs précédentes.

Les règles divines furent une fois pour toutes élaborées et apportées par le prophète parmi les croyants ; mais encore faut-il les faire comprendre à toutes les époques et à toutes les générations successives, par ceux qui, sans être envoyés de Dieu, sont tout de même inspirés par la science divine et qui par leur vertu et la lumière de leur inspiration maintiendront éternellement l'homme en rapport avec son essence divine. Autrement, ce serait une injustice grave à l'égard de l'homme qui, livré à lui-même, pourrait bien être dérouté et se conduire nettement au précipice.

---

pour proposer l'arbitrage. L'hypocrisie dans les exercices religieux correspond dans l'islamisme à la croyance à la pluralité de Dieu : (chirk). Et le faux dévot est un hypocrite, puisqu'il veut gagner l'admiration des hommes et associer ainsi aux considérations de Dieu celles des hommes. (Goldziher, *op. cit.*, p. 37). En revanche, celui qui se convertit par force et une fois libéré, reprend son ancienne religion, n'est pas et ne doit pas être aux yeux de l'Islam un apostase puisque c'est l'intention et non pas l'action qui fait de l'homme un musulman, et le Coran dit à ce sujet : « Il n'y a pas de contrainte en matière de religion. » Goldziher, p. 29.

(1) Pour plus de détail sur l'affaire de l'arbitrage, voir Baron Carra de Vaux, *Mahométisme*, p. 125.

Les successeurs du prophète doivent donc être éclairés de cette inspiration intérieure, de ce genre d'assistance spirituelle qui leur dictent la solution juste, en les mettant à l'abri des erreurs communes au genre humain.

Dans cet état de recueillement, il n'y a que la vérité et la connaissance divine qui projettent au cœur la lumière de la justice et permettent au chef de la communauté de résoudre les difficultés dans la voie de Dieu.

Voilà la clef de voûte de toute la question de la légitimité réclamée par les chiïtes, qui veulent que la succession reste dans la lignée du prophète, et excluent toute idée d'élection pour une affaire qui doit rester chose divine.

Voilà encore ce qui explique chez les chiïtes orthodoxes, le problème de « l'Imâmât » et la théorie Duodecimane de cet Imâmât, de sorte que si la disparition du 12<sup>e</sup> Imâm n'avait pas eu lieu et si celui-ci avait eu une progéniture masculine, la lignée des Imâms aurait continué jusqu'à nos jours.

Voilà pourquoi les chiïtes, pour rester conséquents avec eux-mêmes durent accepter la longanimité de ce 12<sup>e</sup> Imâm. Sa disparition ne fut considérée que comme une absence momentanée.

Puisque la communauté ne pouvait être privée de chef, et puisque ce 12<sup>e</sup> Imâm fut disparu sans laisser un fils lui succédant, sa disparition ne saurait être qu'apparente.

La question de retour, ce nous semble-t-il, n'était et ne pouvait être qu'une conséquence déduite de cette autre question primordiale qui était l'absence fictive et la présence réelle du 12<sup>e</sup> Imâm parmi la communauté fidèle. En effet, si on convient que l'absence de l'Imâm pouvait provoquer des pires tourments pour les fidèles, sa réapparition était chose inévitable.

D'ailleurs, la question de retour d'un mahdi n'est pas une exclusivité du chiïsme ni même de l'Islam. A toutes époques et dans toutes les races, il y a eu un sauveur attendu pour libérer le peuple des persécutions injustement subies (1). Seulement chez les chiïtes, comme il s'agissait d'une purification de la religion corrompue, et que, d'autre part la présence d'un Imâm était au point de vue doctrinal chose nécessaire, la question du

---

(1) Conférence faite à la Sorbonne en 1885 par J. Darmesteter intitulée : Le Mahdi depuis les origines jusqu'à nos jours. Paris 1885. E. Leroux, éd.

Mahdi prenait une importance beaucoup plus considérable et constituait ainsi un dogme religieux.

Quoiqu'il en soit la chose est complètement explicable si on prend en considération le principe essentiellement admis qui est le point de départ de tous les problèmes qui se succédèrent.

Voilà, enfin pourquoi chez les chiites en matière des traditions, on ne s'arrête pas, contrairement à ce qui se passe chez les sunnites (et la divergence n'est pas mince) à la 3<sup>e</sup> génération qui suivit celle du prophète.

Chez les sunnites, les traditions « les sunats », c'est-à-dire les actes et les approbations ou les désapprobations du prophète sont rapportées et interprétées seulement jusqu'à la fin de la 3<sup>e</sup> génération qui suivit celle du prophète.

Cette délimitation de la date à la 3<sup>e</sup> génération n'était pas complètement arbitraire, mais basée sur une parole attribuée au prophète, qui aurait qualifié son temps et les temps des trois générations suivantes comme des siècles heureux.

Chez les chiites, au contraire, on a assimilé aux paroles du prophète, les paroles des douze Imâms.

Les Imâms, les vrais successeurs du Mahomet, se prononçaient par des décrets, des décisions juridiques sur les questions dont la solution était restée jusque-là inachevée.

A cette occasion, nous voyons toute une institution imposante par sa forme et par son étendue, contenant dans son sein plusieurs administrations chargées chacune de la gestion des affaires se rapportant à la nature de la section, et administrés par un mandataire désigné par Imam et ayant pour but essentiel de répondre aux questions juridiques posées par les fidèles à leur chef spirituel : l'Imâm.

Le financement de l'administration comportait d'immenses domaines et la gestion de ces domaines engendrait quelque fois même des divergences doctrinales. C'est pour dire que, pour les chiites, les traditions attribuées aux Imâms avaient la même valeur que celles attribuées au prophète lui-même. Ces traditions, tout comme celles attribuées au prophète, constituent pour les chiites une source de droit.

Les décrets rendus par l'Imâm à l'occasion d'un fait juridique, étaient une source féconde pour la solution des questions de droit à un temps où, pour les sunnites, ce genre de solution avait déjà depuis longtemps pris fin. La littérature des traditions est iné-



puisable, lorsqu'on jette un coup d'œil sur les travaux effectués à cette fin, surtout par le 6<sup>e</sup> Imâm Djafar Sâdiq. L'importance de son œuvre fut telle qu'on désigne certaine fois la secte chiïte duodécimane sous le nom de Djafarite.

Ces décrets dans le langage juridique chiïte ont pris le nom de « Tavâgo-et-Aëmmeh », c'est-à-dire « les décrets des Imâms » et Ihtidjadj de Al-Tabari est un recueil de ces décrets.

Ces explications, tout en relevant certains côtés des différences doctrinales entre les chiïtes et les sunnites, nous permettent en même temps de mieux comprendre la conception des Alides sur la question du Kalâfat. Il est aisé maintenant de comprendre pourquoi Ali n'a pas voulu rejeter l'offre de Moawiya qui proposait de soumettre leur différend à un tribunal d'arbitrage.

Devant une difficulté sociale, le chef des croyants, doit par une sorte de recueillement intérieur, trouver la plus juste solution.

Cette solution juste et parfaite lui est inspirée par Dieu, dans cet état de recueillement où la pensée est arrachée du monde extérieur, pour épouser la vérité et la science divine.

Dans une telle élévation d'esprit qui n'est accessible qu'aux Imâms, le cœur est tout éclairé par la lumière de la vérité pure, et l'inconnu n'existe plus.

Or, dans la bataille de Seffin, lorsque Moawiya interposa le Coran entre les deux équipes des combattants, il n'avait pas la croyance religieuse qui lui aurait suggéré l'adoption d'une solution juste. Il n'avait pas la foi dans son acte, mais il avait été poussé par son seul intérêt. Il cherchait cette fin dans l'exercice de l'hypocrisie.

Mais Ali, sincère au contraire dans sa pensée ne pouvait pas admettre une solution injuste. Il fallait qu'une solution juste, en accord complet avec les principes de la religion, intervienne et dénonce l'hypocrisie du malfaiteur. Il fallait que cette hypocrisie se dégage des apparences pieuses.

Sur cette idée, en parfaite harmonie avec son système et sa logique, Ali a accepté l'offre, mais son mandataire (Abou-Moussa) ne fut pas bien choisi ; et Moawiya, homme politique et administrateur avisé, mais démuné complètement de tout sens moral, par la perfidie célèbre de son représentant (Amr-As) s'assura la victoire et se vit nommé à la haute dignité de Kalâfat.

Le sentiment des légitimistes qui, jusque-là, avaient conservé de la modération, se déchaîna et la rivalité des partisans des deux adversaires ébranla la société musulmane dans toute son existence.

Un certain nombre des partisans d'Ali se détachèrent même de leur chef puisque celui-ci avait souscrit à l'arbitrage proposé par Moawiya. Ali devenait pour eux, à cause de l'acceptation de cette offre, un malfaiteur tout comme Moawiya. Tous les deux devenaient, aux yeux de ces gens, dangereux pour l'Islam puisque tous les deux poursuivaient leur intérêt propre et se disputaient le pouvoir par égoïsme. Il fallait donc pour délivrer la société musulmane du joug de leur cupidité, les faire disparaître. Une entente fut organisée. Au jour et à l'heure convenus, trois hommes se chargèrent de mettre fin aux jours des trois provocateurs pervers : Ali résidant en Irak, Moawiya en Syrie, et Amrou-As (le fameux mandataire de Moawiya dans l'événement de l'arbitrage) en Egypte.

Des attentats projetés, seul celui d'Ali fut accompli, les deux autres échouèrent et Moawiya fut à son grand avantage débarrassé de son adversaire. La dynastie des Omayyades fut ainsi constituée.

Mais les réclamations des Alides ne furent jamais éteintes. Ils trouvaient dans la personne des descendants d'Ali, l'élément vivant de leur cause ; et les martyres que ces personnages subirent, augmentaient l'indignation dans les opinions. Un des descendants du prophète essaya même par un acte héroïque, qui lui coûta la vie, mais qui lui assura la sympathie de son peuple, de revendiquer son droit. C'est l'incident de Kerbelâ, bataille engagée par Hussein, neveu du prophète et 3<sup>e</sup> Imam chiite, contre le 2<sup>e</sup> Calife de la dynastie Omayyade.

Entre la bataille de Siffin et celle de Kerbelâ plus de vingt ans s'écoulèrent. On est en droit de se demander si pendant ce laps de temps les choses avaient changé de face pour permettre plus particulièrement à Hussein de revendiquer son droit.

Dans le monde musulman, rien n'avait changé.

Les partisans d'Ali existaient toujours et leur répugnance à l'égard des Califes omayyades était d'autant plus profonde qu'ils appréhendaient pour la vie même de l'Islam. En effet, depuis leur arrivée au pouvoir les amayades ne respectaient nullement les préceptes islamiques. Les coutumes établies par le prophète et

par ses successeurs, furent profondément changés (1) et toutes les défenses religieuses avaient pris libre cours dans leur vie de luxe et de luxure. Donc si Hussein a accepté l'invitation des Koufiotes, ce n'était pas parce que de nouveaux adeptes à la nouvelle cause étaient conquis. Les musulmans qui croyaient sincèrement à l'usurpation de pouvoir, existaient toujours ; ce parti n'était pas un parti nouvellement né : il existait déjà depuis l'événement de Siffin.

D'autre part, Hussein prévoyait très bien sa défaite, étant donné la disproportion des armées organisées du Califat et les volontaires qui s'offraient à lui. La raison essentielle était la responsabilité et la conscience d'un devoir que celui-ci sentait peser sur son dos. Il se considérait chargé de défendre la cause de l'Islam.

Après l'assassinat d'Ali son père, et l'empoisonnement d'Hassan son frère aîné, c'était à lui qu'incombait le devoir de se sacrifier pour soutenir une cause qui lui semblait juste.

La vie familiale du prophète était intimement liée avec celle des quatre autres personnes à savoir : sa fille Fatimah, son gendre Ali et ses deux petits-fils Hassan et Hussein. L'amour et l'affection du prophète à l'égard de ces personnages, furent tels qu'on représente souvent ces cinq personnes sous un même aspect extérieur. Au fait, à l'occasion d'une audience donnée par le prophète aux représentants étrangers, le prophète s'entoura de ces quatre personnages et les associa sous son manteau : d'où l'appellation de l' « association du manteau ».

Parmi les personnages de cette association du manteau tous étaient disparus et il ne restait qu'Hussein. Donc, c'était à lui que revenait le droit de se décharger de cette responsabilité.

Au fait, Hussein, à l'arrivée de Yazid au Kalâfat, et sur l'invitation des Koufiotes, se rendit de la Mecque au Koufa en compagnie d'un petit groupe de ses proches et de ceux qui lui étaient restés fidèles. Il était entendu qu'à Koufa, il se proclamerait Calife.

Avant d'arriver à cette ville où la population lui avait promis la fidélité, il entendit que les koufiotes l'avaient déjà abandonné pour prendre le parti du nouveau Calife. Il dut donc avec sa troupe, se retirer dans le petit village de Kerbelâ pour se battre

---

(1) Voir Van Vloten, *op. cit.*, p. 35.



contre l'armée envoyée de Koufa. La disproportion des deux bandes fut énorme et la troupe d'Hussein luttant désespérément montra un courage héroïque avant de succomber.

Dès l'assassinat d'Ali, une des catégories des chiïtes appelés Gholât (parce qu'ils exagéraient dans leurs idées qu'ils avaient élevées en dogmes religieux tels que nous allons les étudier plus loin) qui croyaient à l'incarnation d'une partie de la divinité en la personne d'Ali, ne pouvant pas croire à la mort naturelle de cette incarnation, furent obligés pour sauver leur doctrine de faire travailler leur imagination et d'affirmer qu'Ali n'était pas mort en réalité, mais que c'était Satan qui, revêtu de la forme d'Ali, s'était laissé tuer par l'assassin, le Kharidjite, Ibn Moldjam (1).

Pour le meurtre d'Hussein, on a pensé de la même façon. Par le fait de ce meurtre disent les Gholats cette incarnation divine s'est retirée dans sa résidence céleste et le meurtre est commis sur un cadavre qui n'était en réalité que le Satan.

On est allé même plus loin en pensant que c'était l'âme du meurtrier lui-même qui s'est enfermée dans le corps de la victime pour se donner la mort.

L'histoire de l'Evangile nous donne le récit du meurtre d'Abel par son frère Caïn. Caïn, par jalousie de voir l'offrande de son frère agréée auprès du Seigneur, a tué son frère. Et lorsque Dieu lui demanda : « Caïn, qu'as-tu fait de ton frère ? » il répond : « Je ne sais, suis-je le gardien de mon frère ? ». Et son front fut marqué d'un signe de réprobation.

Or, pensent les Gholats, ce ne fut pas Abel qui fut tué, mais c'est l'âme de Caïn renfermée dans un cadavre et représentant en apparence Abel qui s'est ainsi suicidé et Abel, l'apparition divine, s'est retirée vers son essence. La même explication est fournie pour le crucifiement de Jésus.

Mais on peut interpréter ces idées de la façon suivante : Qu'est-ce en somme que Satan sinon le malfaiteur ayant une âme méchante et qui cause par son acte, la flétrissure perpétuelle de sa renommée. Par cet acte réprobatoire, il se fait plus de mal qu'il pense en infliger à autrui. La tache noire d'un front criminel est le signe d'une perpétuelle souffrance. Quelle autre peine plus abominable peut frapper une âme maudite que

---

(1) Voir Van Vloten, *op. cit.*, p. 41.

la corruption éternelle de sa personne ; et quel autre suicide plus agonisant peut lui être réservé que celui qui n'est pas seulement un suicide accompli, mais un suicide répété puisqu'il dure éternellement.

Dieu, qui a donné à Caïn, après l'acte fratricide, l'assurance de sa vie tout en traçant sur son front la marque salissante de son crime, l'a frappé d'une peine éternelle. Ce châtiment n'est-il pas mille fois plus radical que la mort ? Certes, mais il faut remarquer aussi que si ce genre d'interprétation subtile, peut à la rigueur apaiser notre perplexité devant les déclarations exotiques des Gholats si elle est admise par les seuls initiés de ces écoles exaltées, il n'en reste pas moins vrai que pour les communs des Gholats, les faits circonstanciés plus haut ont été matériellement accomplis. Ibn Moldjam et Hanzala (1) n'ont pas assassiné et massacré Ali et Hussein, mais ils se sont tués réellement en leur lieu et place et en prenant en apparence la forme de leurs fictives victimes.

L'interprétation esotérique énoncée plus haut — à laquelle les non initiés resteront toujours étrangers — ne peut pas avoir de sens pour eux.

Une autre considération propice qu'il faut souligner en cette occurrence — considération attribuée cette fois non pas aux catégories des Gholats, mais aux chiites de nuances plus modérées — c'est que l'acte d'Hussein et son assentiment d'engager la guerre contre Yazid (et cela malgré l'assurance de sa défaite) était en vue de s'abandonner à la volonté de Dieu. En ce faisant, il voulait intercéder au profit de sa communauté (Ommat) auprès de la puissance divine.

Son sacrifice était une offrande faite au Seigneur pour le sauvetage de la communauté. Cet acte, dans l'imagination des chiites, ressemble au procédé d'Ibrahim qui consentit à immoler son fils (Isaac selon les chrétiens, Ismaïl selon les musulmans) comme preuve de l'obéissance à la volonté du Seigneur. Mahomet est la figure d'Ibrahim, et son neveu remplace le fils aîné du patriarche hébreu et le sacrifice d'un neveu tant chéri par le prophète fit gagner la cause de l'Islam et assura le pardon et la clémence divine pour la communauté musulmane.

---

(1) Ibn Moldjam fut le kharidjite qui assassina Ali, et Hanzala fut l'assassin d'Hussein dans la bataille de Kerbelâ.

Et c'est la raison pour laquelle la fête de Qorbân (l'immolation en souvenir de ces faits) est mêlée chez les chiites à une sorte de mysticisme.

Comme nous voyons, cette croyance n'est plus comparable par sa finesse et son idéologie à celle que nous avons rapportée plus haut. Elle n'attribue pas aux personnages en cause une portion de divinité.

La divinité reste de ce fait intacte et même plus puissante que jamais, puisque l'obtention de sa miséricorde implique des épreuves d'une sincérité toute particulière.

Quoiqu'il en soit, la tyrannie exercée par les Omayyades sur la personne des descendants du prophète ne pouvait pas laisser indifférentes les diverses opinions, à quelque nuance qu'elles appartiennent.

La défectuosité de leur administration préparait d'autre part plus ou moins sensiblement leur défaite future. Leur autorité servait pour leurs envoyés dans les Etats conquis une source inépuisable de pillage.

Nous avons des développements remarquables au sujet de la mauvaise administration des finances remis par M. Van Vloten, dans l'ouvrage intitulé *La domination Arabe*. Nous aurons l'occasion de citer les textes de cet important témoignage. Pour l'instant, contentons-nous de rapporter ce que l'auteur conclut sur une partie de ses développements : « ...on ne pourrait... nier la justesse des deux remarques suivantes :

1° Que vu l'indifférence des chroniqueurs arabes concernant la situation des populations indigènes nous ne connaissons peut-être que la moindre part de leurs souffrances ;

2° Que les faits connus, quelque incomplets qu'ils soient, viennent justifier la mauvaise opinion que nous nous étions formée sur le Gouvernement Omayyade en confirmant le jugement porté plus haut, qu'il n'est plus question ici d'une propagande religieuse, mais seulement d'un pillage plus ou moins systématique » (1).

Nous lisons dans ce même ouvrage les violences et les atrocités que les représentants de la Cour de Damas commettaient pour

---

(1) Van Vloten, *Recherche sur la Domination arabe, le Chiitisme et les croyances messianiques sous le Kalifat des omayyades*, p. 12, Amsterdam, 1894.



remplir leur poche et satisfaire en même temps les nécessités croissantes du fisc. Les injustices de Haddadj en Irak sont devenues légendaires : « Les historiens arabes... nous disent d'un commun accord, dit l'auteur, que la condition de l'Irak après le régime de Hadjadj était des plus misérables. »

D'autre part, les arabes regardaient les « clients » (maula) d'un œil tout à fait méprisant. Cette classe issue de la classe des laboureurs et pacifique de par son occupation, était considérée comme une race inférieure. Tout d'abord parce qu'ils étaient laboureurs et ensuite parce qu'ils étaient pacifiques : deux conditions qui ne plaisaient pas aux arabes belliqueux. La plupart d'entre eux ne pouvant plus résister aux exigences du fisc, ont abandonné leur terrain et envahi les villes pour prendre part, à côté des arabes, aux expéditions guerrières et partager avec eux les butins. Au début, leur nombre étant limité, ils se virent traités dans la question du partage, dans des conditions égales. Plus tard, cette égalité leur fut contestée, et provoqua un mécontentement qui aboutit aux insurrections suivies des répressions des autorités. C'est pourquoi nous voyons l'auteur expliquant les causes de la chute de la dynastie Omayyade, écrire que, dans cette chute, il faut tenir compte « du perpétuel mécontentement de ces opprimés ».

L'étude de l'auteur qui porte plus particulièrement sur la province de Khorassan, une province du vaste empire Sassanide, explique — tout en réservant la même situation pour les autres parties de l'Empire de Perse — le fait par lequel les « dihqân » les seigneurs terriens, anciens préposés de l'Empire Sassanide et indépendants dans une certaine mesure, s'associèrent après la domination arabe, dans le prélèvement de l'impôt, aux chefs et aux Emirs envoyés par la Cour de Damas, une fois que la conquête fut étendue sur cette partie lointaine de l'Empire Sassanide.

Lorsque les indigènes voulaient rester attachés à leur ancienne religion (c'est-à-dire aux yeux des musulmans rester païens), ils avaient la ressource de payer ce qu'on appelait « djizya », c'est-à-dire le tribut par lequel ils rachetaient leur foi. Mais ce tribut ne pouvait être imposé qu'aux incrédules. Une fois convertis, ceux-ci étaient considérés, aussi bien au point de vue fiscal qu'à tout autre point de vue comme des musulmans ; ils ne devaient dès lors payer aucun tribut.

Mais il est de toute évidence qu'à mesure que la conversion se développait, à mesure que l'Islam gagnait des nouveaux prosélytes, surtout à mesure que les territoires imposables s'épuisaient par la conquête, le fisc perdant du même coup le droit au nouveau tribut, n'avait plus le moyen d'accroître ses revenus. Et tandis que les besoins augmentaient jour par jour, l'état stationnaire de l'impôt appauvissait le fisc. Il fallait donc trouver le moyen de ne plus permettre de nouvelles conversions qui affranchiraient les convertis du joug de l'impôt. Les nouvelles conversions devenaient autant dommageables aux intérêts du fisc qu'elles étaient profitables à la vraie cause de l'Islam.

Mais les besoins du fisc devenaient de plus en plus pressants et le remède imaginé par les porte-paroles de la Cour de Damas, de s'opposer à toutes nouvelles conversions, n'a pas pu suffire à l'incessante augmentation des frais de la Cour du Calife. Le Calâfat n'avait, par son luxe, rien de semblable avec la simplicité austère de la période des quatre premiers Califes.

On fut acculé alors à éterniser l'état tributaire des populations qui, en dépit de leur conversion à l'islamisme, devaient continuer à payer l'impôt qui frappait les incrédules.

Ces injustices criantes amenèrent quelque fois des troubles. Il apparaissait, de temps en temps, un réformateur qui essayait de mettre fin aux inégalités sociales et politiques des peuples assujettis (1). Mais ces réformes étaient éphémères. Un mouvement de réaction rétablissait de nouveau l'état de choses précédent, et des réformes engagées, il ne restait ainsi qu'un amas de matériaux détruits.

Des révoltes éclatèrent parmi lesquelles une nous intéresse particulièrement : c'est le mouvement Korâsânien soutenu par Abou Caïda et Thabit-Qotna et dirigé par Harith ibn Soraïdj, homme d'une « figure étrange » (2) et agissant en « libérateur des opprimés » (3). Après plusieurs tentatives plus ou moins heureuses, Harith, s'unissant tantôt aux Turcs dans ses combats contre les Arabes et tantôt se procurant le soutien des Yéminites dans ses oppositions contre le Califat, réussit enfin à conquérir

---

(1) Des réformes radicales furent entreprises par Omar II Abd-al-Aziz. Mais elles étaient empreintes des idées conservatrices, ce qui les fit vouer à l'échec. Voir Van Vloten, *op. cit.*, pp. 27-28.

(2) Van Vloten, *op. cit.*, p. 29.

(3) *Ibid.*, p. 29.

la capitale de Khorâssân, Merw et à expulser ainsi le Gouverneur du Calife Nasr ibn Seyyâr. Il n'a pas tiré, du reste, profit de cette conquête et l'incident fut clos en apparence par sa mort. Mais « ...l'année suivante, dit Van Vloten, vit éclater l'insurrection d'Abou Moslim, qui renversa la dynastie Omayyade et avec elle l'empire des Arabes dans la partie orientale du Califat ».

Nous voyons donc les Omayyade aux prises avec des difficultés d'ordres différents. Au point de vue politique, dès leur arrivée au pouvoir, ils se heurtaient aux oppositions et aux réclamations des alides appelés aussi Torâbia, les partisans d'Abou Torâb, c'est-à-dire Ali (page 36, Van Vloten). Ceux-ci croyaient de toute leur force religieuse à l'iniquité et à la damnation de la famille régnante. Au point de vue social leur système vexatoire d'administration financière formait un noyau de résistance de la part des éléments étrangers qui firent cause commune avec les partis politiques adverses. Le sectarisme déjà depuis longtemps commencé au sein de l'Islam, s'aggravait donc incessamment et se vit renforcer par le greffage des deux causes d'ordre politique et social.

Le chiisme qui a pris naissance à Yamen sur le territoire et avec des éléments purement arabes, trouva le terrain propice à ses aspirations auprès des groupes des mécontents, victimes des iniquités sociales.

Ce mouvement ne fut plus encadré dans l'enceinte de la province Khorâssân que nous examinons un peu plus en détail puisqu'il est en rapport avec notre étude (1).

Au contraire, partout où le système Omayyade, inspiré des idées administratives défectueuses, s'établissait, on voyait avec l'appui des idées religieuses hostiles à la domination des Omayyades, le même genre de mouvement qui s'accomplissait.

L'auteur du « Chiitisme », en citant le passage de l'historien Tabari, dit en l'occurrence : « Dans l'Irak et la Mésopotamie les Khâridjites (2) deviennent depuis Omar II, les défenseurs des

---

(1) Ce mouvement est en rapport avec notre étude puisqu'il se passe sur le territoire persan et contribue énormément à l'avènement des Abbasides et à la cause du chiisme.

(2) Le Khâridjite est un parti, qui avec tant d'autres apparût dans l'Islam et constitua dans le mouvement sectarisme, sinon une secte au moins une fraction d'une importance respectable dans l'histoire du chiisme. Nous l'étudierons plus loin.

pauvres et des opprimés, maudissant les tyrans et les impies. En Afrique, le Kharidjisme fournit les armes avec lesquelles la population berbère, exaspérée par la vexation de leurs oppresseurs, va combattre les gouverneurs omayyades » (1).

A la suite des guerres dirigées contre ces résistances, la dynastie Omayyade, si même elle triomphait en apparence, s'épuisait en réalité et se préparait fatalement à la défaite provoquée par l'assaut prévisible de son plus terrible adversaire : le chiisme.

« D'une fraction politique que les Omayyades avaient détruite à Haroura (2), le chiitisme (*sic*) s'était développé en une vaste organisation politique, sociale, religieuse qui embrassait tous les éléments musulmans antiarabes et antiomayyades ».

Les missionnaires (*dai's*) se chargèrent partout de la propagande des doctrines chiites. Ils visitèrent aussi plus tard la province de Korâssân, très avantageuse pour la propagande de leur cause. Malgré les perséussions qui devaient subir, ils peignèrent avec vivacité la tyrannie des Omayyades et prêchèrent le retour de la famille du prophète pour délivrer les peuples de leur souffrance. Leur chef résidait à Koufa et de là, il envoyait des préposés.

Les Korasâniens, plus constants dans leurs idées politiques, plus braves, pour former un noyau redoutable de résistance contre les Omayyades, attirèrent bientôt l'attention de Benou Abbas (3). Avec un esprit religieux moins exalté et une aversion moins exagérée mais plus radicale des excès de la famille régnante, les Korasâniens se lient dorénavant aux intérêts des Abbasides appartenant à la maison du prophète.

Parmi les causes de la défaite des Omayyades, on a cité les persécutions qu'ils ont fait subir aux alides et la tension grandissante des sentiments de mécontentement que ces persécutions provoquèrent dans les opinions. Les martyres que les descendants d'Ali supportèrent tous indistinctement, exaltaient les indignations.

(1) Van Vloten, *op. cit.*, p. 37.

(2) Les chiïtes avaient subis dans leur résistance contre le Califat, plusieurs défaites surtout à Ain-Alwarda et à Haroura avec presque deux ans d'intervalle. Van Vloten, *op. cit.*, p. 36.

(3) Ce fut Aboul Abbas qui, en 750 de l'ère chrétienne, détrôna les Omayyades et constitua la dynastie Abbaside qui portait son nom.



Certains auteurs (1) pensent que les Omayyades ne méritent pas les reproches qu'on leur inflige généralement. D'après eux, les Califes omayyades étaient guidés dans leurs actions par le souci des intérêts de l'Islam. Leur cruauté même à l'égard de la famille du prophète n'était inspirée que par l'idée de la préservation de l'autorité de l'Etat islamique. Leurs actes les plus grossiers qui, en apparence, pouvaient être pris pour des sentiments de mépris aux dogmes et aux lois islamiques (leur marche contre les lieux saints et Ka'ba par exemple) (2) ne leur étaient dictés que par le même esprit de consolidation du pouvoir central. Ayant une seule visée : la raison d'Etat, ils faisaient donc périr par tous les moyens et de toute leur force les éléments qui se dressaient en obstacle devant cette ultime nécessité.

Il ne semble pas que cette justification soit admissible. La cause de l'Islam n'était sûrement pas le seul objectif des actions des Omayyades. La force morale de l'Islam n'a rien gagné, tant s'en faut, sous leur règne. Les prohibitions légales avaient pris au contraire libre cours, et les Omayyades ne pouvaient rien augmenter à la force morale de ces lois tout en les méconnaissant.

Il semble plus probable que c'était le souci de la possession du pouvoir qui les agitaient et dictait leurs actions. Encore ce désir n'était qu'une passion de gouverneur et non pas un amour de bien gouverneur.

On est plus porté à croire qu'une dynastie qui, quoiqu'on en dise, s'est imposée par la force et s'est maintenue dans toutes les péripéties de son histoire, encore par la force, tout en administrant arbitrairement les peuples vaincus et en s'adonnant aux débauches les plus grotesques et les plus répugnantes, n'a pas agi dans le but sincère de défendre une cause qui lui semblait juste.

Quoiqu'il en soit, sous la pression de l'étouffement exercée par les Omayyades, le chiisme et ses multiples doctrines hérétiques se développèrent. Etant hostile au gouvernement Omayyade, le chiisme s'est mis en quête d'un gouvernement appartenant à la famille du prophète.

Dans l'élaboration de cette tâche qui aboutit à l'avènement des Abbasides le centre des idées politiques et religieuses fut Koufa, la ville de la naissance du chiisme. Et l'appui militaire

---

(1) Lamens, ouvrage sur Mo'awiya, Cf. Goldziher, *Le dogme et la loi de l'Islam*, chapitre IV, note n° 10.

(2) Van Vloten, *op. cit.*, p. 35.

vint du côté de Khorasân dont la population, malgré la pénétration des idées hérétiques chiismes, garda penchant pour des idées de chiisme orthodoxe.

Parmi les éléments du succès des abbassides, les idées messianiques ont eu leur part. La fatalité des événements et le dégoût que le Gouvernement omayyade avait inspiré aux peuples, avaient profondément attristé les cœurs des vrais musulmans épris par le souvenir des temps heureux de l'Islam primitif.

En pareille circonstance, l'attente de l'arrivée d'un libérateur est naturelle. Mais pour que ce libérateur fût en mesure d'accomplir son œuvre, il fallait tout d'abord détruire l'œuvre des prédécesseurs. Donc, à la première tâche de construction, une tâche de destruction devrait précéder. Celui qui entamera cette deuxième tâche sera le précurseur du Mahdi. Des paroles saintes attribuées au prophète, auraient désigné comme précurseur « l'homme aux drapeaux noirs ».

On sait que la couleur noire fut l'emblème des Abbasides contre la couleur blanche qui spécifiait la dynastie des Omeyyades. Les Abbasides furent donc tout indiqués pour être ces précurseurs prévus.

M. Van Vloten, en cherchant la cause du choix de la couleur noire, rejette l'hypothèse selon laquelle les Abbasides voulaient par ce moyen faire contraste avec la couleur blanche des Omeyyades. Il rejette aussi l'hypothèse selon laquelle le vêtement noir exprimait le deuil pour les martyrs de la maison du prophète. Il avance au contraire l'idée selon laquelle la couleur noire est en connexité avec « l'action de combattre l'impiété... et l'injustice » (page 64). D'autant plus « que les drapeaux en question, dit l'auteur, représentent le drapeau du prophète auquel toutes nos sources s'accordent à attribuer la couleur noire » (page 64).

Abou Muslim, le premier prince de la dynastie abbaside agissant avec beaucoup de mesure et se procurant, entre temps, par des intrigues politiques le concours des Yemenites qui étaient pourtant le dernier appui des Omeyyades, s'empara enfin, vers l'année 131 de l'hedjire de la ville de Merw, la capitale du Korâsân.

Après d'autres batailles heureuses, les Abbasides consolidèrent leur situation et se substituèrent à la dynastie « maudite ». Un moment d'enthousiasme et de contentement s'empara de l'esprit

des opprimés qui crurent un instant que le temps de l'injustice avait vécu.

Sur beaucoup de points, en effet, les injustices perfides des Omayyades prirent fin. La domination de la race vainqueur et la persécution que cette considération amenait, étaient abolies. Une fusion des races qui marquait la terminaison des prérogatives des Arabes se tracait. L'élément étranger prend même quelques fois le pied sur l'élément arabe. L'influence de l'esprit persan sur la civilisation arabe qui toucha à cette date son point culminant, est assez connue.

Tout cela n'empêche pas, que sur le point qui nous intéresse, c'est-à-dire le sort des chiites, un traitement encore plus dur leur fut réservé : « Jamais les descendants d'Ali n'ont enduré plus de persécutions que sous les premiers Califes des Abbasides » (page 69, Van Vloten).

En effet, tous furent empoisonnés systématiquement l'un après l'autre. Ma'moun, le grand Calife abbaside parut un instant revenir sur la cruauté et la barbarie que lui et ses prédécesseurs commettaient sur la personne des descendants d'Ali (1). Il appela Ali Ridâ, le 8<sup>e</sup> Imâm, à sa Cour et lui donna sa fille comme épouse. Il voulait, ce faisant, réparer le passé par la fusion du sang et assurer pour l'avenir l'entente et l'harmonie. Mais il ne fut pas constant dans son idée et, quelle que soit la raison de son revirement, il rattacha le sort de ce 8<sup>e</sup> Imam à celui de ses ascendants ; il le fit empoisonner.

---

(1) La raison qui poussa Al-Ma'moun dans cette voie est la suivante : Nous savons que les chiites prétendaient à la légitimité. Le droit de naissance dans la famille du prophète rayait à leurs yeux tous les autres privilèges en matière de Kalâfat. Les orthodoxes au contraire pensaient que le choix des Califes est dévolu au peuple et la naissance est un droit fictif. Tant que les premiers Califes furent choisis par le suffrage démocratique, la fiction de droit de naissance pouvait être alléguée. Mais après la constitution des dynasties et la transmission du pouvoir dans l'ordre de progéniture, le droit de naissance ne pouvait plus être considéré comme fictif ; il devenait un droit réel. Et les descendants d'Ali étaient les premiers à réclamer leur droit jusque-là méconnu. La cause des alides triomphait ainsi dans les âmes sincères. Ma'moun se rendant compte de la justesse de l'observation eut voulu même se désister du pouvoir au profit de la famille d'Ali. Mais il y eut des résistances à cette tendance et le Calife fut obligé de céder. Voir Baron Carra de Vaux : *Mahométisme*, p. 140.

La raison de cette tactique est très visible. Les Abbasides savaient mieux que tout autre le prix que les hostilités chiïtes avaient coûté aux Omeyyades. Rien ne pouvait garantir qu'une discorde de même nature ne leur réservât pas le même destin. Eclairés par l'expérience dont ils étaient eux-mêmes les initiateurs, ils crurent devoir déraciner le mal avant qu'il ne fut trop tard. De là les horribles persécutions des chiïtes.

## SECTION II. — EXPOSÉ DU SECTARISME CHIITE ET APERÇU DE QUELQUES-UNES DE SES DOCTRINES ESSENTIELLES

Le Chiisme, né dans les premières années de l'apparition de l'Islam, avant même que ses dogmes fussent complètement fixés, tendait déjà à se désagréger en schismes.

*Les Kharidjites.* — Nous nous souvenons qu'à la bataille de Siffin, un certain nombre des partisans d'Ali, se détachèrent de leur chef à la suite de son consentement à soumettre à l'arbitrage son désaccord avec Moawiya.

On les appela Kharidjites, car ils rompirent avec Ali en signe de mécontentement.

D'après eux, le Kalâfat étant chose divine, ne doit pas être soumis à l'appréciation de l'homme. Ils avaient comme devise : « A Allah, seul la décision ».

Ce fut, peut-être, le premier mouvement schismatique au sein du mouvement Alide.

Nous savons même que trois membres d'entre eux se chargèrent volontairement de mettre fin aux jours des trois provocateurs : Ali, Moawiya et Amrou. Ils les proclamèrent infidèles, avec tous leurs partisans.

*Les Mordjiïtes.* — En face des Kharidjites, avec des théories tout à fait opposées, nous rencontrons les Mordjiïtes, textuellement : « ceux qui déferent » (Irdjâ : déferer).

Ils déclaraient que celui qui fait profession de l'unité d'Allah ne peut être proclamé infidèle. Ce n'est qu'Allah qui décidera de leurs péchés le jour du jugement dernier. Ils déféraient donc à Allah, l'appréciation de la foi intime de leurs correligionnaires.



En somme, suivant les Mordjiites, le jugement des actes accomplis par les hommes n'appartient pas aux hommes, il appartient à Dieu. Car l'homme n'est pas en mesure de vérifier la foi intime de son prochain, de sorte qu'une personne affectant d'exercer les pratiques religieuses, peut, au fond de son âme, être impie ; tandis qu'une autre plus réfractaire en apparence aux ordres religieux, peut être plus sincère dans sa foi islamique. En dépit de l'apparence, le premier est un impie et le second un croyant.

Les Kharidjites, au contraire, disaient que les actes représentent les pensées. Les actes de l'homme, ses paroles, jusqu'au jeu même de son visage, témoignent de sa sincérité dans la foi. Il y a donc une sorte d'association intime entre les actes et la pensée, de sorte que l'auteur d'un péché qualifié grave, ne peut jamais être considéré comme un croyant (1).

Sur le terrain pratique, ces théories nous amènent à la question de savoir si Othman, Ali et Moawiya sont, en dépit de leur conduite désavantageuse pour l'Islam, restés tout de même fidèles et doivent être considérés encore comme des croyants, ou bien s'ils sont devenus des incrédules et dès lors, indignes d'accéder au pouvoir suprême du Chef de l'Etat islamique ?

On adoptera l'une ou l'autre des deux solutions, suivant qu'on acceptera la théorie de la connexité entre les actes et la foi, ou bien la théorie contraire.

Les Kharidjites étaient pour la première solution et les Mordjiites pour la seconde.

*Les Gholât.* — En terme générique, ce mot veut dire l'exaltation dans l'expression de la foi religieuse. Chez les Chiïtes, ce terme indique les gens qui érigent le culte d'Ali et de ses descendants en dogmes religieux.

Parmi eux on peut distinguer :

1° Les Sabâïa, apparus sous le Calife Othman et qui se rattachaient à Abdallah ibn Sabâ, partisan de la succession d'Ali. Ils croient à l'incarnation d'une partie de la divinité en Ali et en ses descendants (2).

(1) Les Kharidjites sont appelés les puritains de l'Islam par ce qu'ils s'attachent rigoureusement aux œuvres religieuses qui d'après eux sont la partie intégrante de la foi.

(2) Le nom de cette secte nous rappelle celui des Sabeens qui font l'objet

2° Les Keysâniya, apparus plus tard avec l'insurrection de Mokhtâr qui réclamait le droit des descendants d'Ali, croient non pas comme les Sabâia à l'incarnation divine des Imâms, mais seulement à leur science révélée et à leur haute connaissance occulte des choses futures. La lignée du prophète est pour eux le représentant de la sagesse suprême.

Mokhtâr, un des Keysâniya, dans les revendications qu'il formula au nom de la famille du prophète, posa la candidature de Mohamad ibn al Hanafia, fils d'Ali et le déclara Mahdi, c'est-à-dire le « guide attendu ».

Mohamad ibn al Hanafia était homonyme de prophète. Au moment de sa naissance, Ali demanda au prophète de donner à son fils le titre de Abal-Qâsem, titre que le prophète portait lui-même. Cette homonymie facilitera beaucoup la tâche de Mokhtâr dans la proclamation de Mohamad en Mahdi.

Dans cette étude encombrante du sectarisme chiite, nous assistons à chaque instant à la proclamation par un groupe, d'un personnage attaché de près ou de loin, à la famille d'Ali, au rang d'Imâm ou de Mahdi.

Nous rencontrons à l'occasion de chaque proclamation une nouvelle scission qui donne naissance à la formation d'une nouvelle secte avec une nouvelle doctrine. Cet embranchement se produit généralement à l'occasion de la mort de l'Imâm disparu et le choisit comme chef, qui doit former une nouvelle secte. De la sorte, autant de nouvelles fractions naissent et rivalisent entre elles.

En terminant notre étude avec les Sabaïa et les Keysâniya, nous dirons qu'on peut diviser tous les chiïtes des différentes fractions, en deux catégories distinctes :

1° Ceux qui croient au retour de l'Imâm, retour soit d'une résidence céleste, soit d'un lieu terrestre qui lui servent d'abri. Ils croient donc à la survivance et à la réapparition de l'Imâm. L'absence est appelée le « Ghaïba », le retour est appelé

---

d'une étude assez détaillée du Baron de Carra de Vaux dans un des ouvrages : Avicenne. Mais la distance qui sépare les adeptes de cette croyance, de l'Islam, est telle, que les sabéens ont admis ce nom justement pour provoquer une confusion dans les esprits, dans l'intention de professer librement leur religion qui n'était aux yeux de l'Islam que pure idolâtrerie. Voir Baron C. de V., *Les Grand Philosophes : Avicenne*, Paris 1900, F. Alcan, éd., pp. 60 et ss.

« radj'a » et la durée de l'attente entre ces deux événements est appelée « tawaqqof ».

Ceux qui considèrent au contraire que l'Imâm est mort, et qu'après sa mort naturelle, pour ne pas livrer la communauté à la perdition païenne, il lui faut un remplaçant.

Les premiers s'appellent « Waqfiya » et les seconds « Qat'iya ».

Les Sabâia et les Keysaniya que nous venons d'étudier sont tous les deux des Waqfiya, c'est-à-dire ceux qui attendent la réapparition des Imâms avec cette différence que pour les premiers la résidence des Imâms est céleste et pour les seconds, terrestre.

<sup>1</sup> *Les Hâchem'iya.* — Nous venons de voir que les Keysâniya croyaient à la révélation occulte de l'Imâm. Or, disent les Keysâniya, cette connaissance, Ali seul l'a possédée et l'a transmise à son fils Mohamad.

Les Hâchemiya ajoutent que Mohamad, le dépositaire de cette science révélée, a transmis à son tour cette science à Hâchim son propre fils, auquel donc l'Imâmat appartient de droit, d'où leur nom « Hâchemiya », c'est-à-dire les sectateurs d'Abou Hâchim. En ce qui concerne leur doctrine religieuse, M. Van Vloten l'expose en se basant sur les explications de l'historien Chahrastâni qui était lui-même Keysâniya (1). Ils (les Hâchemiya) disaient : « Il y a un côté intérieur à tout ce qui est extérieur : toute forme humaine (chakhs : personne, objet pris dans sa forme extérieure) a une âme ; toute révélation un sens caché (tawil) ; toute image (mithâl) dans ce monde une réalité dans l'autre. »

Le mot « ta'wil » c'est-à-dire la recherche du sens intérieur et son interprétation ésotérique doit retenir particulièrement notre attention.

Il prendra une importance considérable dans la méthode religieuse de certaines sectes sur l'interprétation des lois coraniques ou tout autre commandement religieux.

Par ce moyen (on ne s'arrêtait d'ailleurs pas à un seul degré, mais on allait quelques fois même jusqu'à sept — chez les ismaïliens par exemple — c'est-à-dire qu'on interprétait sept fois

---

(1) Voir : Van Vloten, *op. cit.*, p. 41.

un texte pour obtenir le sens réel), on aboutissait à transformer complètement une loi et à lui donner en fin de compte une signification qui était quelques fois en opposition complète avec la lettre du texte en question.

Quoi qu'il en soit cette surexcitation de l'esprit chez les Gholât, ce culte de personnages, professé par les sectateurs des doctrines exaltées, n'étaient aux yeux des chiïtes orthodoxes qu'une flétrissure avilissante de l'Islamisme.

Les Imâms eux-mêmes, se trouvaient indignés de l'idolâtrie que les exaltés professaient à leur égard. Ils ne voulaient pas entendre l'attribution des connaissances supérieures qu'on voulait leur prêter.

« Ali faisait brûler les exaltés qui le nommaient Dieu, il exila à Madâin Abdallah ibn Sabâ » (1).

Mais cette divinisation était un moyen efficace entre les mains de ceux qui aspiraient au grade d'Imâmat et qui étaient naturellement éloignés.

Certains témoignages rapportent que Abou Hâchim, l'Imam des Hâchemiya organisa même des « dais » missionnaires, pour attirer de nouveaux adhérents aux croyances que ses partisans voulaient lui attribuer.

Nous savons que ce sont les successeurs de Hâchim ou plutôt les fils d'Ali et les petits-fils d'Abbas, l'oncle du prophète — auxquels Hâchim avait légué ses droits à Khalâfat — qui suivirent l'œuvre de propagande dirigée par les « daïs », ce qui aboutit à la chute des Omayyades et à l'avènement des Abbassides.

*Rawendia et Khorammia.* — Sur ces deux sectaires nous empruntons nos explications aux intéressants rapportages de Van Vloten, tirés des passages des historiens Tabari et Madâini.

« Un homme de Rawendia nommé Ablaq (bariolé) car c'était un lépreux, prêcha des doctrines ultra-chiïtiques. Appelant à lui les Rawendia, il leur annonça que l'esprit (rouh) qui se trouvait dans Isa ibn Maryam (le Christ) était entré dans Ali ibn Abi Tâlib, puis dans les Imâms qui le succédèrent et enfin dans Ibrâhim, fils de Mohamad (arrière-petit-fils d'Abbas, l'oncle du Prophète) et qu'ils étaient des Dieux. Ils ( les Rawendia) regar-

---

(1) Van Vloten, *op. cit.*, p. 48.



daient comme permis ce qui était défendu (dans le Coran). Il arriva même qu'un d'entre eux invita des amis, leur donna à boire et à manger, puis leur livra sa femme..... Ils adorèrent comme Dieu, Abou Djafar Al Mançour (deuxième Calife abbaside). Ils montèrent sur le toit du palais Al Khadrâ et se précipitèrent dans le vide, disant qu'ils savaient voler.

Plusieurs d'entre eux se rendirent armés à la porte d'Abou Djafar et lui crièrent : « Tu es toi » (ce qui veut dire tu es Dieu) » (1).

Et plus loin sur les Khorammia, l'auteur nous dit qu'un nommé Khidache (de la racine Khadacha, — déchirer avec les ongles — puisqu'il déchira la religion) fut chargé de la part des Banou Abbas de la mission de faire la propagande pour leur cause à Khorasân. « Puis dit l'auteur, il changea de rôle ; au nom de l'Imam abbaside, il répandit de fausses doctrines et propagea ouvertement des opinions « khorramatiques ». Il permit entre autre chose la communauté des femmes....

Les musulmans orthodoxes ne comprirent rien à ces sectes mystérieuses, qui dégoûtées des religions révélées, surchargées (selon leur opinion) de commandements formels, rêvaient à quelque chose de plus sublime, qui serait l'essence de toutes les religions. Par exemple, lorsque plusieurs de ces sectes déclaraient que pour les croyants véritables (les initiés), les commandements du Coran n'avaient plus aucune valeur, on leur a attribué l'intention coupable de vouloir justifier par cette théorie toutes sortes de plaisirs défendus.

On croyait trouver des rapports entre le nom générique de ces sectes, Khoramia) qui, probablement dérivé de la ville Khorram en Médie), et le mot persan Khorram (agréable) et parlant de Khorram-dinia on a voulu indiquer que ces sectaires ne reconnaissaient d'autres religions (dîn) que le plaisir. Et de plus lorsque ces sectes accordaient aux femmes une place plus grande que celle qu'elles occupent généralement dans les pays orientaux, les admettant dans leurs assemblées religieuses, ce n'était, disait-on, que pour se livrer avec elles à des débauches abominables.

Après avoir formulé longuement l'injustice de ces allégations et surtout en comparant les accusations portées sur leur compte,

---

(1) Van Vloten, *op. cit.*, p. 48.

avec celles portées sur le compte des sectaires appelés Bâbis et Bahaï (sectaires dont à la suite d'une recherche du Professeur Edouard Brown, la morale de leur doctrine est indiscutable et les « sentiments humanitaires » de leur doctrine « fait honneur aux auteurs » (p. 50) l'auteur déclare au sujet des Khorramitiques le passage suivant :

« Il est clair qu'il ne faut pas accepter sans restriction ce que nous apprennent les historiens arabes concernant les sectes dites Khorramitiques. Ce qu'ils nomment leur « *istihlâl al hormat* » (déclarer pour licite ce qui est défendu par la loi) émanait au fond d'un état d'âme analogue à celui qui animait des hommes tel que Djahm ibn Cafwân (1) auquel d'ailleurs on n'a pas épargné le même reproche. C'était le mépris d'un formalisme n'ayant en vue que l'oppression des races, l'injustice et une basse poursuite de gain » (2).

*Les Mokhamassa.* — Nous avons vu dans la section précédente que le prophète fut représenté dans une scène de famille avec ses plus proches parents sous un manteau symbolique qui s'étendait sur tous les membres de l'association une couverture d'unité. De là, le terme de « l'association du manteau » et de là aussi, les différentes théories dérivées de cette association et appelées « théories des cinq » à cause du nombre des personnages qui composaient cette association.

---

(1) Djahm était un mordjiite, c'est-à-dire un de ceux qui professent la sincérité de la foi et non pas l'exercice des pratiques religieuses. Nous les avons étudié précédemment. Djahm disait : « La foi, c'est de connaître Allah par le cœur ; on peut professer le Judaïsme ou le Christianisme par la bouche et rester musulman par conviction intime. » Ibn Hazm, p. 32 V. Vloten. La pratique des prescriptions religieuses n'avait pas de sens pour les mordjiites tant que l'homme n'avait pas la conscience de ses devoirs envers ses prochains. Baron Carra de V. dans son ouvrage sur Avicenne, nous donne le détail suivant sur la personnalité de Djahm : Djahm était un djabârîte, c'est-à-dire un déterministe. C'est une doctrine qui pense à la prédestination, contraire à celle des Kadarites qui pensent au libre arbitre de l'homme. Les actes de l'homme suivant Djahm sont inscrits dans le décret divin. Ils sont créés et voulus par Dieu en dehors de toute volonté humaine. « Les actes bons ou mauvais de l'homme sont nécessités et les châtiments et les récompenses sont les conséquences nécessaires de ces actes nécessaires » (Voir Baron C. de V. dans *Avi.* p. 36). Djahm fut mis à mort vers la fin du régime des Omayyades.

(2) Van Vloten, *op. cit.*, p. 50.

Dans cette unité les éléments constitutifs perdent leur personnalité pour se fondre dans l'ensemble. Et, c'est le tout qui représente l'émanation divine.

Ce n'est pas cette unité qui transmet les révélations divines à la communauté puisqu'elle est l'émanation même de la divinité.

Les émanations se transmettent au contraire par un intermédiaire appelé « porte » en arabe « Bâb ». Le nombre des Bâbs s'élève aussi à cinq pour correspondre au nombre des membres de l'association. Chaque corps de ces deux étapes forme un degré. Les personnages classés dans le 2<sup>e</sup> degré ne sont pas dans les différentes sectes, les mêmes ; ils changent au contraire d'une secte à l'autre.

Mais il y a un 3<sup>e</sup> groupe d'éléments, qui contrairement aux deux groupes précédents, est formé des mauvais éléments qui ont pour but de détruire l'œuvre de bienfaisance accomplie par les précédents groupes, leurs adversaires.

C'est le dualisme des religions de la race aryenne infiltrée dans cette religion d'origine sémitique qui a dans son essence, la caractéristique très marquée de l'unité absolue de Dieu. C'est là probablement l'influence de l'esprit Zoroastrien qui a pour base le dualisme entre l'élément bon et l'élément mauvais, et la soumission finale du second au premier et avec elle le commencement de l'ère nouvelle du rétablissement de la justice universelle.

« La religion Zoroastre, dit Baron Carra de Vaux, appartient à cette vaste classe de systèmes philosophiques ou religieux, tels que le gnostisme, le dualisme, le brahmanisme, dans lesquelles la production du monde est attribuée non à un Dieu unique et personnel, mais à plusieurs principes éternels... Autant Dieu est distinct du monde, autant, il est volontaire, puissant et personnel dans le judaïsme et dans l'islamisme, autant au contraire dans ces systèmes indiens, persans et grecs, il est impuissant, vague, inconstant et multiple ».

Et plus loin l'auteur ajoute : « Ces vastes spéculations de la pensée aryenne étaient en opposition frappante avec l'institution simpliste de la pensée mahométane et juive. Dès le moment où la conquête eut introduit en Perse l'élément arabe, cette opposition se manifesta..., la lutte entre son génie aryen et le génie sémitique des arabes commença... » (1).

(1) Baron C. de V., *Mahométisme*, pp. 109 et ss.

Le dualisme que nous rencontrons dans les théories en question sont donc d'origine Manichéenne qui représentent le monde sous l'influence de deux matières : la lumière et le ténèbre.

*Les Olya'iya.* — Une théorie très avoisinante de celle dont nous venons de tracer les traits, est la théorie des Olya'iya qu'on appelle aussi Zam'miya c'est-à-dire « les gens qui blâment ».

Les partisans de cette doctrine blâment le prophète d'avoir usurpé la place qui équitablement, revenait à Ali. Ali a un degré prépondérant par rapport à Mahomet et c'est lui qui est l'émanation divine et non pas les cinq personnages du manteau. D'autre part, les trois d'entre eux, Fatima, Hassan et Hussein ne représentent pas ouvertement la divinité, mais ils la représentent d'une façon voilée. Enfin le prophète lui-même est reculé au second plan.

On ne lui octroie que le rôle d'un simple « Rassoul » c'est-à-dire « envoyé ». Il n'accomplit qu'une action mécanique : transmettre les lois au peuple.

Dans les tableaux que les partisans de cette doctrine dessinent pour indiquer le rang réservé à chacun de ces personnages, Ali est placé en haut, Fatima et ses deux fils, au milieu, et le prophète ne figure qu'au-dessous d'Hassan.

Les cinq Bâbs de la théorie précédente ne jouent plus le rôle d'intermédiaires. Ils sont dégradés et n'occupent dans le tableau que le degré suivant.

*Mim'iya et Aîn'iya.* — Dans ces deux théories, il s'agit de savoir lequel des deux personnages précéda l'autre dans l'origine de la création : Ali ou Mahomet.

Puisque leur existence est la cause efficiente de la création du monde, ils préexistaient donc avant cette création. Ceux qui sont pour la préexistence (et par conséquent prédominance de Mahomet) s'appellent Mim'iya, étant donné que le nom du prophète commence par la lettre M (mim en arabe) ; et ceux qui sont pour la préexistence d'Ali, s'appellent Aîn'iya, étant donné que le nom d'Ali commence par A (Aîn en arabe).

Voilà l'énumération de quelques-unes des sectes appelées Gholât à cause de leurs sentiments exaltés.

A mesure que nous nous éloignons des Gholât nous assistons à une pondération grandissante des esprits. En passant les



Ismaïliens et la bigarrure de leur doctrine, nous arrivons au rationalisme des Mo'tazilites et au mysticisme des Soufites.

*Les Zeïdites.* — Les Zeïdites (1) adoptent après le 5<sup>e</sup> Imâm (Bâqir), Zeïd, le petit-fils de Hussein, comme leur Imâm, au lieu de Sâdiq reconnu comme 6<sup>e</sup> Imâm par les Chiïtes duodeciman.

Comme croyance doctrinale, ils ne s'attachent pas à l'idée de la succession dans l'ordre de la progéniture d'Ali. Mais ils croient que celui seul des descendants d'Ali sera Imâm, qui ait une aptitude spirituelle et une capacité pour réclamer les droits méconnus de la famille du prophète. Les partisans de ce système n'ont aucune rancune contre les trois premiers Califes, car c'est l'ignorance du peuple, dit-on, qui a fait porter le choix sur les trois premiers Califes malgré l'aptitude incontestée d'Ali qui, en réalité, aurait dû être nommé à cette haute magistrature. Le tort est donc à la masse qui n'est pas toujours bien éduquée pour les subtilités des questions d'ordre publique.

Ils sont pour cela considérés comme des chiïtes modérés.

*Les Mogheïri.* — Les Mogheïri sont des sectateurs de Mogheïra, l'une des autorités chiïtes.

Au temps du 5<sup>e</sup> Imam, Bâqir, Mogheïra prévoyait l'avènement du « Mahdi Montazar », c'est-à-dire « le guide attendu ». Ce Mahdi portera, disait-il, le nom du prophète.

Or la prévision de Mogheïra n'a pas eu lieu, le successeur de Bâqir ne fut plus Mahomet mais Sâdiq dont le petit nom était Djafar. Alors les partisans de Mogheïra se mirent à la recherche d'une personne qui se nommerait Mahomet pour le proclamer Mahdi. Ils eurent la fortune de trouver un petit-fils d'Hassan, 2<sup>e</sup> Imâm, qui s'appelait Mahomet et malgré son âge très tendre, on le nomma successeur du 5<sup>e</sup> Imâm. En dépit de son bas âge, l'enfant se vit chargé de la lourde tâche du sauveur attendu, probablement sans qu'il comprenne lui-même de qui il s'agissait au juste.

*Les Râfidites.* — Il y eut un grand nombre de personnes qui n'admirent pas l'innovation des Mogheïri. Elles refusèrent négativement de s'associer à leur point de vue. Ils furent appelés Râfidites, de la racine arabe Rafd, ce qui veut dire « refus par désistement ».

---

(1) Voir à leur sujet, Goldziher, *op. cit.*, p. 201.

*Les Ismaïliens.* — Les Ismaïliens admettaient après le 6<sup>e</sup> Imâm, Sâdiq, au lieu de 7<sup>e</sup> Imâm Kâzim, un autre fils du 6<sup>e</sup> Imâm appelé Ismaïl qui était en même temps leur Mahdi. Mais suivant les Ismaïliens, Ismaïl n'a pas exercé effectivement l'Imâmât ; il l'a transmis à son fils Mohamad qui entra réellement en fonction.

L'histoire des Ismaïliens est vraiment trop longue et leur influence politique trop étendue, pour que nous puissions, dans un exposé schématique des doctrines chiïtes, les étudier sous leurs différents jours. Mais vu l'importance de leurs organisations, il est nécessaire de s'arrêter un peu plus longuement sur l'exposé de leur doctrine et la portée pratique de leur système.

Les Ismaïliens sont reconnus dans l'histoire sous plusieurs noms : les « septimiens » parce qu'ils n'ont que sept Imâms ; les « Bâtiniyya », c'est-à-dire ceux qui jugent non pas sur le sens extérieur (Zâhir) mais sur la vérité cachée (Bâtin) à laquelle ils arrivent par (tâ'wil), c'est-à-dire la recherche du sens intérieur ou l'interprétation allégorique des textes. On les appelle aussi « Ta'limiya » « disciplat », c'est-à-dire l'obéissance absolue aux enseignements de l'Imâm (1), ou encore « Hachichiyyin » appellation se rapportant à la drogue qu'ils prenaient pour absorber la vérité pure.

De leur propagande sortit le mouvement des « Qarmathes » (2) et aussi la constitution de l'Empire « Fatimide » en Egypte avec Obeïdol-lah, le premier de la dynastie.

Leur système philosophique est inspiré des idées néo-platoniciennes et de la doctrine de l'émanation cosmique. L'intelligence universelle se manifeste périodiquement, suivant la théorie cyclique de cette philosophie. Cette manifestation est apparue dans le passé avec Adam, Noé, Abraham, Moïse, Jésus, Mohamad et Ismaïl qui (avec le fils de ce dernier, Mohamad), forment tous ensemble le premier cycle septenaire. Ils sont appelés « Nâtiq », c'est-à-dire celui qui articule.

Entre les deux apparitions, il y a un laps de temps, rempli par d'autres personnages toujours au nombre de sept qui ont pour mission de parfaire l'œuvre apportée par les Nâtiqs précédents et

---

(1) Voir Goldziher, *op. cit.*, p. 207.

(2) J. Goeje, *Mémoire sur les Carmathes du Bahreïn et les Fatimides* 1886. Voir aussi un article paru sur le même sujet dans le Journal asiatique de 1895 intitulé : *La fin de l'Empire des Carmathes de Bahreïn.*

de préparer d'autre part le terrain pour l'arrivée des Nâtiqs suivants. La révélation divine ne cesse jamais de se réaliser ; elle continue au contraire toujours avec la même régularité cyclique et suivant l'ordre susmentionné. Par conséquent, le prophète arabe ne saurait être le dernier des prophètes, pas plus que son œuvre la dernière œuvre accomplie. Et cela contrairement à ce que Dieu a déclaré expressément dans le Coran que son prophète est « le sceau des prophètes ». Cette idée détruit donc complètement le principe qui est à la base des croyances islamiques aussi bien chez le Chiite que chez les Sunnites et suivant lequel l'Islam est la dernière religion révélée (1).

La doctrine scientifique qui dominait la secte était une sorte de système gnostique.

Le gnosticisme, comme la plupart des systèmes de la philosophie d'Orient, a pour caractère essentiel le dualisme entre la matière et l'esprit.

Selon ce système qui est moins rationnel que mystique, Dieu est un être surnaturel et invisible qui se manifeste par voie d'émanation. Dieu, selon le système Ismaéliens, était hors de l'esprit humain, ineffable et incapable de créer.

Deux principes éternels sont néanmoins procréés d'une façon mystérieuse par lui. La raison universelle et l'âme universelle. Dans leur création, la Raison précédait l'âme. Ces deux ont donné à leur tour naissance à trois autres principes : l'espace, le temps et la matière. « L'Âme universelle descendait dans le monde de la matière en s'y divisant en une multitude d'âmes individuelles, qui sont nos âmes et la Raison universelle envoyait vers chacune de ces âmes individuelles, une effusion qui la pénétrait et lui communiquait l'intelligence... la Raison et l'Âme universelle à la fois s'incarnaient de temps en temps en un homme ; grâce à cette incarnation les âmes particulières pouvaient connaître la Raison universelle et finalement se réunir à elle » (2).

Cette incarnation de la Raison et de l'âme universelle en un homme, dans des intervalles périodiques, c'est la théorie cyclique de l'incarnation.

---

(1) Voir Goldziher, *op. cit.*, p. 203.

(2) Voir Baron Carra de Vaux dans « *Mohamétisme* », pp. 149-150.

Pour les croyances religieuses, les Ismaéliens ont pour principe essentiel l'effort, procédé par lequel l'homme aboutit à dépouiller les voiles qui couvrent la matière pour arriver au noyau et pour rentrer dans son essence de l'âme universelle. La loi n'est qu'un corps ; il faut écarter ce voile qui s'est interposé entre la varité et l'apparence, il faut se hausser en s'initiant dans la connaissance de plus en plus subtile pour arriver enfin au monde de la spiritualité pure et de la réalité sublime. Donc, les lois religieuses qui commandent ou qui prohibent, n'ont qu'un sens allégorique ; elles ne sont nullement obligatoires pour les initiés et les vrais musulmans ; ceux qui veulent les appliquer à la lettre deviennent donc incrédules. On ne doit même pas s'arrêter à la première interprétation puisqu'on ne saurait parvenir au sens réel des lois avec une seule interprétation. On doit aller jusqu'à sept en progressant à chaque degré, à la hauteur de la subtilité du sens réel, caché dans l'expression matérielle des mots (1).

Le missionnaire ismaïlien, après avoir pris de son initié novice le serment d'engagement, lui révélait le secret de l'évolution des religions. Il lui apprenait un peu de philosophie avec la doctrine des philosophes antiques : Aristote, Platon et le système dualiste de la philosophique néo-platonicienne. Arrivé à ce point, il était facile de lui enseigner que les philosophes sont les vrais prophètes, qui, par leur science et leur connaissance de vérité, sont en voisinage de Dieu et mettent en conséquence l'humanité en contact avec la vérité divine. Les prophètes, que nous avons l'habitude d'appeler ainsi, ne sont en somme que les « ministres des philosophes » ayant pour mission de traduire les systèmes philosophiques en religion pour les mettre à la portée de la masse.

« Ne croit-on pas rêver ? se demande l'auteur du Mohamétisme. Cette doctrine, enseignée dans une société secrète du ix<sup>e</sup> siècle, qui place les philosophes au-dessus des prophètes et qui considère la science comme la vraie et unique religion, c'est celle-là même qui, après avoir dominé toute la seconde moitié de notre siècle et procuré la gloire de plusieurs grands penseurs, s'est heurtée récemment à la bruyante opposition des moralistes qui croient que la science, en tant que religion, a fait faillite à ses promesses. Mais il ne faut pas s'étonner de tels rapprochements. Ces idées ne sont pas nouvelles ; elles remontent au moins

---

(1) Voir Goldziher, *op. cit.*, pp. 205-206.



à la grande fermentation philosophique qui eut lieu autour du premier siècle de notre ère ; les Ismaïliens eux-mêmes les ont reçues ; et si nous les jugeons neuves, c'est que nous nous soucions peu d'approfondir l'histoire de la philosophie ou que pour retrouver le charme des surprises, nous avons voulu l'oublier ».

Les Ismaïliens ont conquis leur renommée plus par leur forte organisation politique que par leurs constructions doctrinales. Leur méthode souple les aida beaucoup dans l'œuvre de propagande. Ils vécurent d'abord en secret et après avoir consolidé leur puissance et gagné des partisans nombreux, ils se déclarèrent contre le pouvoir du Baghdad, les armes en mains. Leurs armées pénétrèrent en Perse, en Arabie, en Syrie et partout ils jetèrent l'effroi dans les âmes.

Le redoutable envahissement des Ismaïliens de Bahreïn et la tuerie qu'ils commirent sur les pèlerins de la Mecque de l'an 928 dans l'enceinte même de Kabah, le carnage dans la cour et à l'intérieur de l'oratoire sacré, le meurtre des femmes et des enfants, enfin le pillage de la trésorerie et de toute la richesse du lieu saint, plongèrent les âmes de tous les croyants dans une violente émotion. Il n'est que trop connu dans l'histoire.

Les chefs des Ismaïliens avaient un pouvoir de commandement absolu sur leurs partisans qui leur obéissaient aveuglément. Cette autorité est très renommée chez les Assassins, une branche des Ismaïliens de Syrie. Les assassinats politiques qui furent exécutés par les émissaires du « Vieux de la Montagne » le chef des assassins nommé Rachid ed Dîn Sinân, furent longtemps redoutés des souverains en Orient et en Occident.

Le plus redoutable fut le meurtre du Marquis de Montferrat, l'adversaire de Saladin qui demanda à Sinân de le débarrasser de son ennemi (1-2).

*Les Karmates.* — Nous avons rencontré plus haut en passant, les noms des Karmates une nouvelle branche des Ismaïliens établis à Bahreïn situé dans le Golfe persique.

(1) Voir Baron Carra de Vaux « *Le Mohamétisme* », pp. 163-164.

(2) Bibliographie des Ismaïliens de la branche des assassins : *Saint Guyard, un grand maître des assassins au temps de Saladin* 1887. — Defremery : *Recherches et Nouvelles recherches sur les Ismaïliens de Syrie*, Journal asiatique, 4<sup>e</sup> série, t. XIII, 5<sup>e</sup> série, t. II, III, V, VIII et XV, 1849 à 1860.

Ce sont les sectateurs du nommé Hamdân Karmate de qui la secte prend son nom. Karmat était un riche propriétaire des environs de Koufa qui donna asile à un missionnaire ismaïlien et fut converti par lui. Il se fixa en Mésopotamie et envoya des missionnaires pour de nouvelles propagandes à Bahreïn. Cette mission fit des progrès et des règles nouvelles furent introduites parmi les prosélytes. La communauté de la vie fut établie entre les adeptes et chaque année on ramassait les revenus des membres de la communauté et on les distribuait ensuite entre eux à chacun selon ses besoins. Nous avons vu plus haut le massacre qu'ils firent endurer aux habitants de la Mecque. Il fut organisé par les Karmates. Les envahisseurs amenèrent avec eux parmi d'autres butins la pierre noire de Kabah qui resta dans le musée de leur Capitol Al-Ahsâ pendant 22 ans. Elle fut transportée de nouveau à la Mecque sur l'ordre de leur grand maître.

*Les Druzes.* — Un autre dérivé de la doctrine des Ismaïliens est la doctrine druzisme, doctrine encore assez mal connue et voilée dans le ténèbre des secrets doctrinaux de la secte. Le respect même de leurs doctrines exige que le plus grand silence soit maintenu à leur sujet. Celles-ci ne doivent être révélées qu'aux adeptes initiés ; ceux qui ne professent pas leurs croyances sont donc malpropres et indignes de les connaître.

Un des principes dogmatiques druziens, c'est ce qu'ils appellent eux-mêmes « Nikah-a-Samê ». C'est la transmission de la doctrine secrète et la présentation de l'initiation sous forme du rapport sexuel. C'est l'inspiration de la doctrine par l'élément actif (l'homme) sur l'élément passif (la femme). Il y a des réunions dans lesquelles, le novice sous la foi du serment d'initiation suit les indications du maître et ensuite c'est le contrat du mariage qui se conclut.

Un autre principe important c'est la doctrine de la *Manifestation* de la divinité par une sorte de rupture de *Voile*. C'est le dualisme déjà rencontré au cours de cette étude. La lumière est la prisonnière des ténèbres. Elle s'efforce de se libérer. C'est par le phénomène de l'explosion que la lumière déchire le voile et éblouit le monde de la clarté de sa vérité. Ali, dans leur théorie, est cette parcelle de lumière enveloppée dans le voile.

Non pas que la divinité d'Ali soit distincte de la matière de sa personnalité, non pas que l'apparition de cette divinité s'ex-

cute sous le voile de sa personne mais lorsque la divinité fait son apparition en Ali, elle devient Ali même, non pas par la métamorphose de voile en vérité mais par l'assimilation de la divinité avec tout ce qu'il y a « Ali ». Ali devient la divinité même.

A part leurs doctrines peu compréhensibles, on connaît dans l'histoire du Druzisme le nom de Hâkem, descendant d'Obeïd-Allah, le fondateur de la dynastie Fatimide et 3<sup>e</sup> grand maître des Ismaïliens. On sait aussi la persécution que ce 6<sup>e</sup> prince Fatimide, qui se plut à se déclarer Dieu, fit subir à la population en Egypte à la suite d'une « piété cruelle et fantasque » (1).

A l'occasion de la proclamation de son caractère divin, un missionnaire ismaïlien nommé Darazi fut chargé d'établir théologiquement le bien fondé de cette prétention et de la publier. L'exposé prématuré en public de la déclaration, indigna la foule et Darazi dut s'échapper et se retirer en Syrie où il travailla à la construction de la nouvelle religion. D'où la dénomination de Druze.

Ne nous arrêtons pas davantage sur les théories apportées par Hamza au nom duquel devrait se rattacher la doctrine appelée aujourd'hui Druzisme. Elles sont d'ailleurs tirées de la même source que celles des Ismaïliens (2).

*Les Horoufis.* — Les idées ismaïliennes de la théorie cyclique apportèrent leur concours à la formation de la secte horoufi qui de la réunion de lettres et de chiffres, arrivaient à tirer des calculs kabalistiques et à résoudre des phénomènes cosmiques. D'où leur nom d'Horoufi qui se rapporte aux chiffres et aux lettres. Avec leur méthode ils surent aussi interpréter le Coran. Mais le travail d'interprétation une fois achevé, il n'en resta rien qui ressemblât au Coran (3).

*Les Nûsseîris.* — Les Nûsseîris admettent comme les chiites duodeciman la suite des 12 Imams comme successeurs du prophète. Sur ce point essentiel ils sont d'accord. Mais les divergences de détail sont nombreuses.

En ce qui concerne « l'association du manteau » ils donnent à Ali une place prépondérante. Et comme des cinq personnages du

(1) Voir Baron Carra de Vaux dans « *Mohamétisme* », p. 172.

(2) Bibliographie des Druzes : *Exposé de la religion des Druzes* (2 volumes 1838). Sylvestre de Sacy.

(3) Voir Goldziher, *op. cit.*, p. 206. — *Bibliographie de la secte des Horoufis*; Clément Huart, *Textes persans relatifs à la secte des Horoufis*, Leyde 1909.

manteau, il n'en reste ainsi que quatre, ils introduirent un autre personnage dans l'association : c'est le petit-fils d'Ali et Fatima : Mohsein. Mais celui-ci décéda peu de temps après sa naissance. La chronique veut que Fatima étant enceinte de Mohsein fut engagée dans une discussion avec Omar qui malmena Fatima. De là, la mort prématurée de l'enfant.

Les Nûsseîris ont aussi des « Bâbs » « portes » et en théorie chaque Bâb doit chronologiquement correspondre à chaque Imâm. Mais en fait il y a eu des périodes dans lesquelles plusieurs Bâbs furent nommés par un seul Imâm ; et d'autres périodes pendant lesquelles un seul Bâb a assisté plusieurs Imams. De toute façon Mohamad Ibn Nusseîr Al Namiri, le chef de la secte Nûsseîri fut lui-même le Bâb du 11<sup>e</sup> Imâm, Hassan Askari. Nous connaissons déjà l'importance de cette haute fonction au point de vue de l'administration des domaines et du patrimoine de l'Imâm et aussi au point de vue de ses décrets juridiques.

Sur la question de la nomination par Imâm de Bâb une divergence éclata entre les chiïtes et les Nûsseîris qui ne manqua pas de prendre une tournure grave avant la liquidation définitive (1).

*Les Soufis.* — Nous arrivons maintenant à l'étude plus intéressante des mystiques Soufis.

Le Soufisme est la doctrine apparue vers le 2<sup>e</sup> siècle de l'hedjire en Perse sur la partie du territoire de ce pays qui confine à l'Inde (2). Contrairement aux doctrines que nous avons étudiées jusqu'ici, le soufisme est une doctrine panthéiste qui voit Dieu en toutes choses. C'est aussi une doctrine mystique qui par le détachement de son esprit du monde matériel, veut se fondre et se perdre en Lui. Ce n'est pas comme la doctrine Mo'taziïlite dont nous parlerons plus tard, une doctrine rationaliste qui cherche la vérité par la raison, mais une doctrine morale qui a pour but la pénétration dans la vérité par la voie du cœur.

(1) Un traité imprimé à Beyrouth par un renégat de la secte Nûsseîrite expose les doctrines de la secte. L'auteur appelle son traité sans ambage : *Livre sur la découverte des secrets de la religion nûsseîrite*. (Kitabou fi Kachfi Asrari-ed-diânati en Nusairiati). Ce traité a été analysé par F. Salisbury, dans le journal *Of the American Oriental Society*, 1866. Bibliographie donnée par R. Dussand, sur « Nusairis », fasc. 129, bibliothèque des Hautes études, Paris 1900, pp. XIII, XXXV.

(2) Baron Carra de Vaux, *Mahométisme*, p. 184.



Le renoncement au monde fut parmi les préceptes de l'Islam primitif c'est-à-dire de l'Islam conçu dans son aspect pur. Mais cette idée ne résista pas aux conquêtes remportées sur les pays dont la richesse éblouissante ne s'accommodait pas très bien avec les caractères ascétiques de ces préceptes.

Elle fut bientôt abandonnée et la félicité de l'au delà céda la place au bien-être d'ici-bas. Evidemment l'Islam primitif n'avait pas exagéré dans la voie de l'ascétisme. Il y a même un commandement net à ce sujet : « Pas de monachisme dans l'Islam. » Le prophète aurait dit : « Le meilleur d'entre vous, n'est pas celui qui néglige l'au delà pour ce monde, ni même celui qui fait le contraire ; le meilleur d'entre vous est celui qui prend de l'un et de l'autre » (1).

Mais dans la pensée du prophète de l'Islam l'homme pieux exerçant une abstinence sincère des choses de ce monde avait toujours été marqué de haute valeur. Mais plus tard, ces considérations morales furent de fait rejetées et ce fut seulement par l'avènement du soufisme que le souffle d'une spiritualité plus sincère devrait sus-tenter les vertus des âmes plus nobles. Le soufisme se dirige vers son idéal par la voie du cœur. La connaissance de la vérité ne se procure pas en lisant les livres mais elle se procure en se référant au cœur. Ibn Arabi dit : « Une raison peut être réfutée par une autre raison contradictoire, mais la foi provenant du cœur est irréfutable. »

Al Qûchûri dit : « Les soufis sont les gens d'union et non pas de raison. »

« La raison est le lien de servitude entre le créateur et la création et non pas un moyen de l'union divine ».

A la manière des philosophes néo-platoniciens de l'école d'Alexandrie qui enseignaient l'union de l'âme avec Dieu par l'extase et la contemplation, le soufisme pénétré par l'idée de mépris des choses du monde éphémère, goûtait de la douceur de l'absorption de son âme dans l'Etre Divin et de la vision en tout et partout des rayonnements de l'Etre Eternel qui seul demeure. Les objets de ce monde reflètent partout comme des miroirs les rayons de son existence. Qu'on éventre les particules infinitésimales des objets pullulant dans ce monde, dit un poète mystique

---

(1) Ibn Quteïba, Uyûn al-akhbar, 375, 1° Cf. Goldziher, *op. cit.*, n. 14, ch. V.

persan, on ne trouve au milieu qu'un monde de lumière. L'âme doit se purifier de toutes les dépendances matérielles pour se rehausser à une telle vision. Tout ce qu'il y a de matière est un obstacle sur le chemin de l'union. Le corps est un excédent de fardeau ; il faut s'en débarrasser. C'est en se dépouillant de la matière et en se recueillant intérieurement qu'on arrive à jeter le voile et à se faire plonger dans la lumière de la beauté divine. C'est alors que l'esprit dépouillé de la matière s'élève vers l'éternité et parvient à se faire absorber dans l'essence divine pour réaliser l'union et l'unité.

A ce point, l'inconnu n'existe plus et la lumière divine apparaît avec toute sa plendeur. Le poète mystique Djalal-ed-Din Roumi dit : « Purifie-toi de tout attribut du Moi. Afin de percevoir ton essence brillante » (1).

Et sur l'union de l'âme avec son essence divine Maulâna Roumi dit encore : « A l'origine, mon âme et la tienne n'était qu'une, mon apparition et la tienne, ma disparition et la tienne ; ce serait faux de parler du mien et du tien ; entre nous, le Moi et le Toi ont cessé. Je ne suis pas Moi, Tu n'est pas Toi, Tu n'es pas Moi non plus. Je suis à la fois Moi et Toi. Tu es à la fois Toi et Moi. A cause de Toi, O beauté de Khoten je suis dans la perplexité sur le point de savoir si Tu es Moi ou si Je suis Toi » (2).

Cet état de recueillement et de dépouillement s'appelle « Djam'è » (concentration). Et l'absorption dans l'unité divine se conçoit sous forme de l'amour (Mahabbat) et c'est de cet amour que Hallâdj (Mansour) parlait lorsqu'on l'envoyait à la potence en disant : « Je suis Dieu » (Analhaq). Il voulait dire que l'union de son âme avec l'essence divine est telle que l'aimé et l'amant ne forme qu'un tout seul. Le breuvage de l'amour (Charâb-al-Mahabbah) se voit beaucoup dans les paroles des soufis. Arrivé à ce point, pour les soufis, la connaissance de Dieu devient un propos impi car pour connaître quelque chose, il faut un objet de connaissance et un sujet de connaissance ce qui implique la dualité entre le connaissant et le connu ; c'est de l'impiété. Donc c'est

---

(1) Masnavi-i-ma'nawi translated by E. H. Winfield (Londres, 1887), 52. Cf. Goldziher, p. 128, n. 64, ch. IV.

(2) Goldziher, *op. cit.*, p. 127. — Les passages que l'auteur a cités sont pris par lui sur l'adaptation hongroise des Rubâ iyyât Hazrati Mewlânâ (Djelâldin Roumi), Stamboul, 1312 ; édition du journal persan *Akhter* par le professeur Alexander Kégl, n. n<sup>os</sup> 60, 61, ch. IV.

l'anéantissement « fanâ » de l'existence qui procure l'absorption dans la vérité divine. Pour arriver au but, c'est-à-dire à la vérité « Haqiqat », il y a un sentier « Tariqat » et les « gens de ce sentier » sont appelés « Ahl-Tariqat » ou « Ahl-Salouk » et le moyen qu'ils doivent employer c'est la « méditation », « Morâqabat ».

Dans ce sentier « Tariqat » il y a plusieurs degrés à parcourir :

1° « Elm-el-Yaqin » c'est l'initiation dans la connaissance.

2° « Aîn-ol-Yaqin » c'est la connaissance directe et sans intermédiaire.

3° « Haq-ol-Yaqin » c'est la connaissance même (1).

A ce point la différence entre toutes les religions disparaît et toutes les religions aux yeux de Soufi sont sur le même plan puisque toutes ont pour but la connaissance de la Vérité divine et la profession de son amour. C'est ici que Chams Tabrizi dit « je ne suis ni chrétien, ni juif, ni musulman » (2).

Le cloître, le temple et l'église ont la même valeur.

Le quintal du Hâtif avec son refrain qui est en réalité la quintessence de cette œuvre est remarquable.

Partout, dit-il, dans les établissements religieux où j'ai mis pied, aux cloîtres, aux temples, aux églises et aux mosquées, partout je n'entendais qu'une seule voix, un seul chant qui s'élevaient harmonieusement jusqu'à la hauteur de l'âme. Il y a une vérité divine et il n'y en a qu'une seule.

Encore les quatrains de Djelâl-al-Din :

« Si l'image de notre bien aimé est dans le temple des idoles, c'est une erreur absolue de tourner autour de la Ka'ba ; si la Ka'ba est privée de son parfum, elle est une synagogue. Et si nous sentons dans la synagogue le parfum de l'union avec lui, elle est notre Ka'ba » (3).

Ils arrivent ainsi à penser que les différences professionnelles troublent l'accession à la vérité, puisqu'elles sèment des divergences dans les cœurs, dans la poursuite d'un but qui est pourtant unique. Le mystique Abou-Saïd Abol-Khaïr dit : « Tant que mosquées et medrasas ne sont pas complètement dévastées, l'œuvre des Kalandar (derviches) ne sera pas accomplie,

(1) Goldziher, *op. cit.*, p. 141.

(2) *Ibid.*, p. 141, n. 113, ch. IV

(3) *Ibid.*, p. 142.

Tant que foi et infidélité ne seront pas complètement semblables, pas un seul homme ne deviendra un vrai musulman » (1).

Pour se dégager des dépendances de ce monde le soufi doit exercer le « Zuhd » ascétisme et « taqvâ » vertu (2) et les adeptes reçoivent au moment de leur réception dans la communauté sûfi, la Khirqa c'est-à-dire le vêtement en laine grossière « souf » qui « symbolise la pauvreté et la retraite du sûfi » (3).

De là le nom de soufi qui est en rapport avec leur manteau symbolique représentant leur renoncement du monde, leur sobriété et leur ascétisme « Zuhd ».

La légende du patriarche soufi, Ibrâhim Adham est trop remarquable pour qu'on ne la rapporte pas en cet endroit. Du roi qu'il était, il rejeta son manteau de prince en échange d'un costume de mendiant et fuya le monde pour s'occuper d'autres vérités.

« Parmi les motifs divers de la retraite du prince dit Goldziher, l'un mérite encore une attention particulière. Il est rapporté par Djelâl al-dîn Rûmi. La garde du palais d'Ibrâhim Edham entendit une nuit du bruit sur le toit du palais. Lorsque les gens y allèrent voir, ils surprirent des hommes qui prétendirent chercher leurs chameaux échappés. On amena les intrus devant le prince et lorsqu'il leur demanda : « Qui a jamais cherché des chameaux sur un toit » ils répondirent : « Nous ne faisons que suivre ton exemple, à toi qui aspire à t'unir à Dieu pendant que tu es assis sur un trône. Qui a jamais, à une telle place, pu approcher Dieu ? Là-dessus, le prince se serait enfui du palais et personne ne l'aurait plus revu depuis lors » (4).

Il ne faut pas penser que le soufisme soit resté une exclusivité de l'Islam hérétique. Le monde musulman trop rabaissé dans sa valeur réelle, trop surchargé des casuistiques religieuses, trop harcelé de rationalisme, irascible et intransigeant dans ses travaux dogmatiques, avait nettement besoin d'un courant de libéralisme se référant à autre chose qu'aux textes sacrés, partant d'un autre point que la Genèse casuistique et pénétré d'un autre esprit que la sécheresse de la raison pure .

(1) Goldziher, p. 143.

(2) *Ibid.*, sur les développements qu'il donne de l'origine hindoue de la vie claustrale soufisme, pp. 132 et ss., surtout p. 136, n° 10.

(3) *Ibid.*, pp. 136 et 145.

(4) *Ibid.*, p. 134.



« Un célèbre docteur du nom de Taïfour, dit Baron Carra de Vaux, page 185, *Mahométisme*, né dans la ville de Bestâm, en Perse... exposa dans de nombreux traités les divers aspects scientifiques, moraux et mystiques de la nouvelle doctrine...

Le grand Al-Gazali vint après lui parfaire le soufisme et l'Islam. Al-Gazali... qui... limita et régla le rôle du péripatétisme dans l'Islam orthodoxe fut aussi celui qui réussit à y donner droit de cité au soufisme... Après l'époque de ce grand homme, le soufisme devient la formule universelle de l'ascetisme musulman... Le soufisme trouva... son expression la plus complète dans les œuvres d'un grand mystique persan, Suhrawardi (1) ; et il fut enfin introduit en Occident par Cidi Abou Median, l'ermite de Tlemcen » (2).

Nous voyons donc par cette citation que le soufisme ne se résigna pas à rester une secte fermée réunissant dans son sein une quantité plus ou moins nombreuse d'adeptes et se dressant contre des sectes dissidentes. Le soufisme fut au contraire une tendance qui, dans l'esprit de certains penseurs, émus par la promiscuité qui menaçait le fond de la religion, devait purifier les sentiments religieux des éléments nuisibles. L'Islam fut enlisé de bonne heure dans la déroute. Le soufisme dans la conception de ses penseurs se proposait de le soutenir contre sa démoralisation et sa perte. L'Orthodoxie musulmane a su encore mieux tirer parti de ce courant et avec l'œuvre de redressement du Grand Maître Al-Gherzali, tout en éliminant dans une sage mesure l'excès du nihilisme primitif, elle rectifia les grossièretés des systèmes religieux.

Ce travail fut élaboré avec l'ouvrage le plus remarquable du Maître : *Ihyâ'ulûm ad-dîn* (*Revivification des sciences de la religion*). En somme « le soufisme, dit Baron Carra de Vaux (dans son ouvrage *Mahométisme*, page 191), cet hôte de l'Islam accueilli d'abord par lui avec contrainte et défaveur, a payé largement son

(1) Voir dans l'ouvrage du Baron Carra de Vaux intitulé *les Grands philosophes*, Al-Gazali, Paris, F. Alcan, 1902, pp. 229 et ss., les divers renseignements sur Suhrawardi surnommé Maqtoul, *Hikmat-ol-Ichrâqiyah* (la philosophie illuminative) est son ouvrage le plus connu.

(2) *Ihya* est imprimé à Boulaq en 1872 (1289 Hedjire). Edition du Caire de *Ihya* date de 1306. Le commentaire le plus imposant de *Ihya* est fait par Mohamad Ibn el Hûssein al Mortadâ en 10 volumes imprimés au Caire en 1311, sous l'épithète de Ithâf-es-asâda el Muttaqin. Sayid Mortadâ est mort en 1205 de l'Hedjire.

hospitalité : il a doué l'Islam d'un charme qui lui manquait, il a introduit dans sa doctrine de la tendresse et du mystère et il est devenu en lui un principe essentiel de force de vie et de renouvellement » (1).

---

(1) Notice sur Al-Gazali : Al-Gazali, dans son ouvrage intitulé : *Tchâfot-alpalâçifas (la refutation des philosophes)*, attaque d'une part les subtilités de la dialectique dogmatique tirées de la philosophie péripatéticienne d'Avicenne, qui, introduites dans le domaine purement religieux, créaient des troubles dans les cerveaux de la masse. Il attaque d'autre part le mélange de la casuistique juridique avec la foi religieuse, mélange qui, tout en falsifiant la science judiciaire, corrompt en même temps la théologie. En dénonçant ainsi les points précédents, il préconisait le travail intuitif de l'âme pour sauvegarder le salut de la vie spirituelle. Il se déclara donc en même temps contre les gens de « Kâlam » (rationalistes) et les gens de « Fiqh » (juristes). Et avec l'autorité scientifique dont il jouissait, et surtout avec ses expériences personnelles qu'il avait recueillies dans sa longue carrière universitaire sur les vices des méthodes rationnelles et casuistiques religieuses, qui accablaient la religion, et enfin avec les mesures sages et modérées qu'il proposait dans ses réformes, son œuvre acquit le suffrage quasi-universel, et on peut dire alors que son ouvrage de « revivification » ne fut rien moins que la revivification de la religion.

Dans un traité intitulé *Les grands philosophes*, Ghazali, Baron Carra de Vaux nous donne la biographie de la vie du grand maître. (Paris, F. Alcan, 1902). Cet ouvrage, à l'avis même de l'auteur, ajouté à deux autres, celui de la biographie d'Avicenne, du même auteur, intitulé *Les grands philosophes*, Avicenne, Paris, F. Alcan, 1900, et celui de Renan, intitulé *Averroès et Averroïsme*, Paris, 1867, 3<sup>e</sup> édition, nous donnent des éléments suffisants pour la connaissance des principes philosophiques d'Islam et la substance de leurs théories. Dans cette biographie l'auteur nous donne le récit suivant : Après la mort du père de Ghazali, celui-ci, qui avait pour petit nom Mohamad, avec son frère Ahmad, faisaient leurs études chez un soufi qui fut l'ami de leur père. Après avoir continué ses études à Djordjân, Ghazali devait rentrer à Thous, ville de Khorâsân. Dans ce voyage, lui et ses compagnons furent attaqués par des brigands. Ghazali leur abandonna tout ce qu'il avait, mais il les supplia de lui remettre ses notes qu'il avait pris pendant ses études, car, leur déclara-t-il, elles constituaient toutes ses connaissances. Les brigands, tout en le raillant, lui déclarèrent : « comment oses-tu te déclarer savant tandis qu'on pourrait t'enlever toute ta science en te privant de tes notes. » Cette remarque fit réfléchir Ghazali. Il consacra à partir de ce moment trois années de sa vie pour apprendre par cœur ses notes et, depuis lors, déclara-t-il, aucun voleur n'a pu voler ses connaissances. (Baron Carra de Vaux, *Les grands philosophes*, Ghazali, p. 42).

*Bibliographie du Soufisme* : Sur ce sujet on a l'embarras du choix, néanmoins, on peut citer par préférence : Awârif-el-Ma'Arif de Chehâb ed-Din Suhrwerdi (*Bienfait des connaissances*).

Ce traité, dit Baron Carra de Vaux dans son ouvrage *Les grands philoso-*

*Les Wahâbits.* — Les Wahâbits sont les sectateurs de Mohamad Ibn Abd al Wahhâb qui suivant la doctrine de Taqi-al-dîn Ibn Teîmyya apparue vers le xiv<sup>e</sup> siècle. Ils se déclarèrent contre toutes innovations « Bid'at » apportées dans l'Islam et se proposèrent de purifier les traditions « sunat » de tous les apports nouveaux. L'Islam doit retrouver dans ce mouvement la simplicité heureuse du temps de son apparition, et cela aussi bien sur le terrain théologique que sur le terrain social. Depuis bien des siècles des courants divers s'étaient fait jour dans l'Islam. Le consensus avait pris la force d'une source religieuse ; des tendances rationalistes interprétaient les règles de la religion suivant un esprit étranger à l'Islam primitif ; le dogmatisme et le sectarisme imposaient leurs lois dans des proportions inquiétantes ; enfin le mysticisme en contradiction avec le sens-tranchant des lois islamiques avait obtenu un tel crédit qu'il était devenu le mot de ralliement entre l'orthodoxie musulmane et les tendances hérétiques.

Ces changements aux yeux d'Ibn Teîmyya et son petit groupe de partisans étaient considérés comme la furie des innovations qui ont troublé la pureté primitive de l'Islam et qui l'ont dégénéré, avec le système de la vénération des saints, en un véritable paganisme.

Ibn Teîmyya finit ses jours en prison mais sa doctrine acquit des adhésions secrètes. Ses partisans travaillèrent patiemment à la perfection des idées du maître si bien qu'après quatre siècles d'intervalle on a pu constater la mise en pratique de ses théories. Le mouvement wahabite fut organisé par Abd Al-Wahhâb avec le concours d'Ibn Sa'ûd, son gendre en qualité de chef militaire.

Le mouvement se proposait de rétablir, les armes en main, le « sunat » du prophète en frappant sans trêve tout ce qui s'éloignait de lui. Et étant donné qu'en dehors des traditions ils n'acceptaient dans l'Islam aucun autre credo le consensus unanime qui est la caractéristique de l'Islam orthodoxe fut du même coup

---

*phes*, Al. Ghazali (p. 235), est ordinairement considéré comme étant avec l'*Épître* de Kuchefri et l'*Ihya* de Ghazali, l'exposé le plus autorisé de la mystique orthodoxe de l'Islam. Nous connaissons déjà l'*Ihya* avec lieu et date de publication. Quant à l'épître, *Er-Risaleh-el-Qocheîri*, le manuscrit arabe de cet ouvrage se trouve à la Bibliothèque Nationale de Paris. Cet épître, « Risala » est un appel adressé par le grand Cheik sufi Abd al Karim b. Hâwâzin al Quchêiri en l'an 437 (1045, ch) aux 10 sociétés soufis de tous les pays de l'Islam. C'est un des ouvrages les plus complets sur la matière.

rompu non seulement entre ceux-ci et l'hérésie musulmane mais aussi entre eux et l'Islam orthodoxe. La dévastation des monuments religieux et des sanctuaires était donc pour eux, un dogme et ils ne manquèrent pas de la mener à bien. Les rites religieux furent rendus à leur extrême simplicité.

L'histoire des Wahabites fait rappeler dans l'esprit l'apparition de nouveaux ordres senoussis fondés en 1884 et qui se rapprochent des idées wahabites.

Nous nous contentons en cet endroit de rappeler son nom.

*Le Babisme.* — Mirza Ali Mohamad Bâb né en 1819 à Chiraz, pays natal de beaucoup de poètes mystiques persans, fut celui qui élevé dans la société de la secte Cheikhites et nourri des idées philosophiques et sceptiques de ladite secte, créa avec les éléments de son caractère méditatif, la secte récente du Babisme. A l'âge de vingt ans, il visita le tombeau du 3<sup>e</sup> Imâm chiite et suivit dans ce lieu « quand les caprices de son humeur sauvage l'y portaient » (1) des leçons du chef de la secte Cheikhites.

Toujours livré à sa méditation douce et mélancolique, il acquit un grand renom parmi ses concitoyens et sa beauté physique jointe au charme de sa conversation lui fraya le chemin du succès. Il s'appela d'abord Bâb (C'est-à-dire la porte, la voix qui donne accès à la retraite de l'Imâm) et ensuite Point, Qot'b (c'est-à-dire le lieu de la manifestation d'essence divine dans ce monde et le Verbe incarné) (2). Donc d'un simple organe qui fut au début pour servir d'intermédiaire et transmettre les enseignements de l'Imâm caché, il devint plus tard la manifestation de l'esprit universel et la substance spirituelle qui rayonne de Dieu. A l'instar des théories gnostiques et mystiques des Ismaïliens et des soufis, il donnait des interprétations allégoriques au Coran et une importance particulière aux combinaisons des lettres.

Les réformes qu'il envisageait, visaient surtout les côtés humanitaires de la vie sociale. Il voulait avant tout qu'une religion construite avec les éléments humains de toutes les religions et constituant ainsi l'essence des religions, soit préparée et admise par tous les peuples, de façon à ce que la différence jusqu'ici

---

(1) Baron Carra de Vaux, *Mohametisme*, p. 201.

(2) Baron Carra de Vaux, *op. cit.*, p. 203.



maintenue entre les différentes races et les différentes religions, soit abolie.

Cette religion donc aurait un caractère universel. Sur le terrain religieux les lois islamiques subissaient d'amples modifications. Sur le terrain social, l'influence ecclésiastique devait prendre fin et des idées libérales tant en matière politique qu'en matière religieuse devraient la remplacer. Dans ce système, la femme doit être élevée jusqu'à la hauteur d'une dignité que la sagesse sociale doit lui réserver, et surtout son rôle au point de vue de la constitution de la famille et de l'organisation de l'Etat était pris en considération. A ce même point de vue social, les lois religieuses sur la dévolution de la succession devraient être modifiées. Dans le domaine rituel une certaine modification fut envisagée et à l'instar des Horoufis dont nous avons dit précédemment quelques mots, l'énonciateur de la doctrine nouvelle attribuait certains effets aux chiffres et aux lettres. Le chiffre 19 jouait une certaine importance dans les calculs et même servait de base pour certaines institutions religieuses, le jeûne entre autres. L'ensemble de ses doctrines sont consignées dans son livre Bayân, considéré comme un livre saint.

Mais il faut ajouter tout de suite que c'était en réalité certains de ses adhérents qui ont donné au mouvement essentiellement doctrinal un caractère politique. Ainsi le groupe nouvellement formé, de la secte qu'elle était au début, se transforma ou presque en un parti. C'est peut-être la raison pour laquelle nous voyons le Gouvernement devenir plus tard moins tolérant sur des points qui pourtant, s'ils étaient restés dans le cadre religieux, n'avaient rien de contraire aux principes chiites. En effet le chiisme ne contient pas des dogmes nets et tranchés, et la tolérance est, au moins théoriquement, dans son essence. De toute façon malheureusement ce ne fut pas le cas et le Gouvernement trouvant en la nouvelle secte un foyer de complot et d'agitation changea de posture. Les persécutions furent sanglantes sans être efficaces.

Bâb lui-même qui, d'ailleurs dans toute la période de sa détention était entouré par autant de respect et d'égard qu'il était possible, fut enfin, pour mettre fin à la période de carnage, condamné à mort ; son exécution eut lieu en juillet 1850.

Dans toute cette triste histoire les adeptes de la nouvelle religion supportèrent avec une sérénité admirable, le sort que le destin leur avait réservé.

Après Bâb, la direction de la secte échet aux mains de deux frères qui occupaient dans la secte des places de premier rang. Ce furent Mullah Hasselin et Mullah Mohamad Ali. Tous deux relégués de la Perse, séjournèrent d'abord à Bagdad et ensuite à Andrinople « le Pays du mystère ». La dissension surgit entre les deux frères et un incident décida le Gouvernement Turc à envoyer le premier chef surnommé Subh-i-Ezel (Matin d'éternité) en Chypre, et l'autre surnommé Behâ-ullah (Beauté de Dieu) à Saint Jean d'Acre. Subh-i-Ezel admit la doctrine du Bâb sans aucune autre modification et ses adeptes qui forment la minorité furent nommés Babis. L'autre, Behâ-ullah éclipsa la figure du Maître et importa des apports nouveaux dans la doctrine primitive. Il déclara que Bâb était son précurseur et c'est lui qui était la manifestation plus parfaite de l'esprit divin chargé d'accomplir l'œuvre de son précurseur. Lui-même est « Djamâl-Allah » (la beauté de Dieu) dont la figure est le miroir du reflet de la beauté divine. Son livre saint c'est « Kitâb Aqdas ». Sa conception est la religion universelle dont la fraternité humaine est le pivot. Il envoya des lettres aux souverains et aux peuples différents. Il prédit la défaite de Sedan et la chute de Napoléon III. L'harmonie universelle est la base de son système et ses missionnaires parlaient plusieurs langues pour pouvoir divulguer la cause de Dieu dans le monde entier. L'égalité entre les races et les couleurs, l'abolition des guerres, l'occupation d'un rang élevé de la femme dans la famille et dans la société formaient certaines de ses aspirations. Dans l'ordre religieux il est plus radical que son prédécesseur car il supprime d'un trait de plume les ordres religieux qui imposent une restriction aux musulmans et il permet tout ce qui n'est pas contraire à la raison humaine (1). Ses adeptes sont connus sous le nom de Behâ'î, sectateurs de Behâ.

Le Professeur Edouard Brown dans son ouvrage sur cette secte, raconte son inoubliable réception auprès de Behâ à sa résidence Behje (la ville de Behâ) et le Baron Carra de Vaux nous donne la traduction française de ce passage vraiment doux et impressionnant (2).

En outre, l'illustre professeur déclare injustes les accusations portées sur le compte des adeptes de la nouvelle religion. On les

---

(1) Voir Goldziher, *op. cit.*, pp. 230 ss.

(2) Baron Carra de Vaux, *Mohametisme*, p. 224, n. 1.

a taxés, nous le savons, d'avoir des tendances collectivistes surtout en matière des rapports sexuels.

Nous connaissons déjà ce genre d'accusation dans l'histoire religieuse des sectes. Ayant des idées libéralistes, ils ont été tous accusés de cacher sous des apparences humaines des désirs mal-honnêtes (1).

M. Van Vloten en se référant aux passages du Professeur Brown dénonce ces rumeurs.

« Dans les livres de Bâbis, dit-il, que M. Brown a soumis à un examen des plus scrupuleux et des plus intéressants quant aux résultats obtenus, il n'est fait mention d'aucun des abus dont il est question ici..... Partout dans ces livres (les livres contenant la doctrine de la nouvelle secte) règnent la morale la plus pure des sentiments humanitaires qui font honneur aux auteurs. » (page 50, Van Vloten, le Chiîtisme).

Après Behâ-Ullâh mort en 1860, la direction de la secte tomba dans les mains de son fils Abd al Behâ. Avec lui la propagande de la foi nouvelle a pris une vaste ampleur. En Asie comme en Europe et surtout en Amérique, des sociétés de propagande suivirent l'œuvre de conversion avec des succès inespérés. Des prosélytes nouveaux furent chaque jour gagnés et surtout en Amérique une solidarité remarquable entre les corréligionnaires ajouta la force de l'argent à la force de la foi. L'élévation de l'idéologie de la secte fut assurée entre les mains des adeptes, pénétrés de haut sentiment d'abnégation et travaillant avec beaucoup de confiance à l'œuvre de propagande. (Voir au sujet du développement de la religion de Behâ l'ouvrage précité de Goldziher, pp. 234 et suiv. (2)).

*Les Falâcîfas et Ecole Mo'tazilite.* — Dans l'histoire mouvementée de la vie de l'Islam, lorsque nous étendons la vue sur l'amas des constructions vieilles par le temps, mieux ménagées dans certaines parties par les événements, plus délabrées dans certaines autres par l'insouciance et la malignité du sort, une effrayante

---

(1) Le système de Nikal al Sam'ê des Druzes ou d'autres institutions Khoramitiques, que nous avons étudié précédemment, en sont des exemples.

(2) *Bibliographie de Behaïsme* : Comte de Gobineau, *Religions et philosophies dans l'Asie centrale*, 2<sup>e</sup> édition, 1866 ; Cl. Huart, *La Religion du Bâb*, 1889 ; Brown, *A traveller's narrative written to illustrate the episode of the Bâb*, 1891.

diversité d'aspects se révèle tout de suite à l'esprit. Cette religion sur laquelle toutes les ressources de l'esprit humain ont laissé une trace sans pouvoir néanmoins imprimer sur elle une ornière profonde et viable, cette religion qui a emprunté ses matériaux en matière positive aux pensées greco-romaines et hébreux et en matière philosophique aux systèmes les plus divers en partant du Bouddhisme et du Brahmanisme, en passant par le manichéisme et le Zoroastrisme et en arrivant à l'école philosophique grecque, cette religion abâtardie, a donné naissance elle-même à toute une gamme d'idées qui sous l'apparence d'une unité, couvre une foule de conceptions contradictoires qui jurent ensembles.

Qu'on ne s'étonne pas donc de voir au sein de l'Islam des idées antagonistes depuis le rationalisme absolu et sa conséquence plus ou moins nécessaire de l'impiété radicale, jusqu'au fideïste où la formalité aveugle dresse le texte en cheville ouvrière.

Il est donc de toute importance pour la philosophie de l'Islam d'étudier la suite des événements qui ont amené cette religion simple (que certains auteurs ont attribué cette simplicité, à la simplicité du désert dans lequel elle est née) à aboutir à la méditation mystique des uns ou à la force rationaliste des autres. La chaîne de ces événements n'est pas toujours liée solidement ; et l'harmonie est établie entre eux non pas d'une façon mathématique unique, mais d'une façon sociologiquement diverse.

Parmi toutes ces ambiguïtés qu'on trouve lorsqu'on envisage l'évolution historique et la pénétration de la philosophie dans la religion islamique, le point le plus intéressant est sans doute la partie concernant la transmission de la science et de la philosophie grecques aux mains des générations suivantes par l'intermédiaire d'une civilisation qu'on a pris l'habitude d'appeler aujourd'hui la civilisation arabe, et qu'il est plus juste d'appeler civilisation greco-persane ou selon l'expression de Renan, civilisation greco-sassanide (1).

Ce fut sous le règne de la dynastie Abbaside que la grandeur intellectuelle, la force et l'hégémonie de l'Islam touchèrent leur point culminant. L'intelligence de quelques Princes de cette dynastie sut par l'alliance et la fusion des races, greffer aux souches arabes des éléments féconds capables de faire élever le génie

---

(1) Voir Darmesteter, *Coup d'œil sur l'histoire de la Perse*, p. 40. Paris, 1885.



arabe à la hauteur d'un rôle que l'histoire fut appelée à lui réserver.

Dans sa thèse d'Averroès et Averroïsme, Renan le grand écrivain philosophe expose ce fait de la façon suivante : (pages 90-91) « Disons plutôt que ce n'est que par une très décevante équivoque, que l'on applique le nom de philosophie arabe à un ensemble de travaux entrepris par *réaction contre l'arabisme*..... Cette philosophie est écrite en arabe par ce que cet idiome était devenu la langue savante et sacrée de tous pays musulmans ; voilà tout. Le véritable génie arabe caractérisé par la poésie de Quasidas et l'éloquence du Coran était absolument antipathique à la philosophie grecque. Renfermés comme tous les peuples semitiques, dans le cercle étroit du lyrisme et du prophétisme, les habitants de la péninsule arabique n'ont jamais eu la moindre idée de ce qui peut s'appeler science ou rationalisme. C'est lorsque l'esprit persan représenté par la dynastie des abbasides, l'emporta sur l'esprit arabe, que la philosophie grecque pénétra dans l'Islam. Quoique subjugués dans une religion semitique, la Perse sut toujours maintenir ses droits de nation indo-européenne ; en attendant qu'elle reconstruit dans sa propre langue son épopée et sa mythologie, elle troublait déjà l'Islam par des tentatives qui, au premier siècle de l'hedjire, n'eussent provoqué que le scandale ou le dédain. Aussi, est-ce à Bagdad, la ville abbaside par excellence, qu'est le centre de ce mouvement nouveau. C'est un Calife représentant éminent et passionné de la réaction persane, Al Ma'moun qui y préside. Elevé par les Barmekides (1) qui passaient pour attachés à l'ancienne doctrine de Zoroastre, on le voit toute sa vie rechercher curieusement en dehors de l'Islamisme, les enseignements rationalistes de l'Inde, de la Perse et de la Grèce. »

De son côté, Léon Gauthier dans son intéressant ouvrage de la « Théorie d'Ibn Rochd » en parlant toujours de l'apparition de la science et de la philosophie grecque au milieu des arabes dit que cette introduction fut toujours considérée comme une innovation contre laquelle la religion musulmane protestait.

« Quels étaient enfin les fauteurs de cette folie novatrice et sacrilège ? C'étaient des Califes. Al Mansour, Al Ma'moun, Al

---

(1) Barâmika est la famille persane influente et estimée à la Cour des Abbasides à laquelle elle a procuré plusieurs ministres qui ont dirigé le mouvement de la civilisation arabe du temps des abbasides.

Mo'tassein, Al Wâtîq. Or l'avènement même de la dynastie abbasside était le résultat d'une violente réaction politique et religieuse persane et chiïte contre la suprématie arabe et contre le véritable Islam » (1).

D'autre part, Baron Carra de Vaux dans son ouvrage sur Avicenne va plus loin et cherche l'origine de la philosophie arabe dans une époque antéislamique par un travail de traduction des ouvrages scientifiques, littéraires et philosophiques, grecques, hébraïques, syriennes, persanes et indiennes (page 37) dans deux sociétés différentes, araméenne (page 39) et persane (pages 41 et suivantes).

A Edesse en Mésopotamie, une école appelée Ecole des Perses fut fondée. Plus tard à Nisibe sur le territoire persan, et plus tard encore à « Djundisâbour dans la province de Perse de Khouzistan, le roi Khosroès Anochirivan de l'empire sassaindre, fonda vers l'an 530 du Christ, une académie de philosophie et de médecine qui subsista jusqu'au temps des abbassides » (page 41). Ce fut par ces travaux préparatoires commencés depuis le 3<sup>e</sup> siècle de l'ère chrétienne et par conséquent bien longtemps avant l'avènement de l'islamisme que la culture grecque fut enseignée dans l'empire sassainde. Elle servit plus tard de base à la civilisation arabe du temps des abbassides.

Tout cela prouve, que la raison qui est la source des « plus beaux germes du développement intellectuel » comme dit Renan, ne fut pas estimée chez les arabes dans les travaux gnostiques. Mais cette aversion naturelle des arabes pour la raison, ne subsistera pas longtemps et des discussions philosophiques sur les bases de la religion firent de bonne heure leur entrée.

« L'expérience, dit Renan (Averroès, pp. 6 et 7) a prouvé que la philosophie n'a besoin ni de protection ni de faveur ; elle ne demande protection à personne et ne reçoit les ordres de personne. C'est le plus spontané de tous les produits de la conscience humaine ».

Et plus loin dans ce même traité, l'auteur — qu'on doit appeler « le roi d'expression » tout comme on a appelé ainsi Chateaubriand — en démontrant que la philosophie arabe n'est autre chose que la philosophie grecque, et l'averroïsme, ne doit pas être considéré que comme le versant du péripatétisme, dit que

---

(1) Léon Gauthier, *La théorie d'Ibn Rochd*, Paris, 1900, p. 22.

néanmoins la philosophie arabe ou plutôt la philosophie écrite en langue arabe avait ses propres apports nouveaux ; car l'esprit de l'homme même s'il emprunte les idées déjà découvertes par les autres, par le goût de nouveauté qui lui est nécessaire s'ingénie de leur donner des expressions nouvelles »..... l'esprit humain, dit-il d'une façon savoureuse, sait toujours revendiquer son indépendance. Enchaînez-le dans un texte, il saura retrouver sa liberté dans l'interprétation de ce texte : il le faussera plutôt que de renoncer au plus inaliénable de ses droits, l'exercice individuel de la pensée » (page 89, Averroès et Averroïsme).

Alors l'ère nouvelle fut ouverte et de Baghdad jusqu'à Andalousie, la philosophie grecque, depuis Al Kindi, le précurseur de la philosophie arabe jusqu'aux Al Fârabi, Avicenne, Averroès, Ibn Bâdja, Ibn Tofail pour ne citer que quelques-uns, fut étudiée aux époques différentes avec beaucoup de goût et de passion. Les sujets qu'on pouvait traiter, étant empruntés aux sources grecques de l'Ecole aristotelicienne et néoplatonicienne, ne pouvaient être considérés aux yeux de l'Islam pur que pour de véritables hérésies.

« La fin de l'homme, dit Renan en exposant les théories mystiques des philosophes arabes, est d'entrer dans une Union de plus en plus étroite avec la raison (intellect-actif). L'homme est prophète dès que tout voile est tombé entre lui et cet intellect. Une telle félicité ne peut s'atteindre que dans cette vie ; l'homme parfait trouve ici bas sa récompense dans sa perfection ; tout ce qu'on dit être au-delà n'est que fable ». Voilà que c'en est fait des normes de l'Islam !

La conception de Dieu chez Ibn Rochd est tout à fait celle d'Aristote qui est « la raison générale des choses » « ...penser est le plus grand bonheur et la chose la plus excellente. Et ce qu'il y a d'admirable, c'est que Dieu jouisse éternellement de ce parfait bonheur dont nous n'avons que des éclairs. ...Mais une telle vie, ajoute Aristote, est peut-être au-dessus de l'humanité, car ce n'est pas à titre d'homme que nous en jouissons, mais à cause de ce qu'il y a en nous de divin » (1).

Nous voyons combien il y a de différence entre la conception de la puissance divine omnipotente et inabordable de l'Islam,

---

(1) Renan, *Averroès et Averroïsme*, p. 147.

avec celle des philosophes qui voient en l'homme, une essence divine. Evidemment les philosophes échappaient rarement à des attributions calomnieuses et sarcastiques qui voyaient en eux des hérétiques et des impies.

« .....la religion musulmane, dit Léon Gauthier.... est moins favorable qu'aucune autre religion aux initiatives de la raison humaine (1).

Et c'était une tâche ardue pour les philosophes musulmans de rendre à la raison la place qui lui revenait. Ibn Rochd a employé (entre autres moyens) des moyens exégétiques pour établir l'harmonie qui existe entre la religion et la philosophie. Voici comment Ibn Rochd interprète le verset 5 du 3<sup>e</sup> sourat pour établir la connexité entre la religion et la philosophie. Ce verset nous dit : « C'est Lui (Dieu) qui t'a révélé le Livre dont certains versets sont clairs et positifs et constituent la mère du Livre (c'est-à-dire sa partie fondamentale) et d'autres sont ambiguës. Ceux qui ont dans le cœur une propension à l'erreur, s'attachent à ce qui s'y trouve d'ambigu, par amour de la sédition et par désir d'interpréter ces (textes) ; or nul ne connaît l'interprétation (ta'wil) si ce n'est Dieu et les hommes d'une science profonde. (Ils) disent : « Nous y croyons, tout cela vient de notre seigneur. »

Nous avons employé les signes de ponctuation à la manière d'Ibn Rochd qui pense que la phrase soulignée prend fin seulement après les mots « science profonde ». Ainsi la phrase serait composée de la façon suivante : « ...nul ne connaît l'interprétation si ce n'est Dieu et les hommes d'une science profonde. » Ces hommes, qui ne sont en somme que les philosophes, connaissent donc l'interprétation. Les théories de tendance antiphilosophiques prennent Ibn Rochd à partie et pensent au contraire que la phrase est complète après le mot Dieu. Dieu connaît donc seul l'interprétation. La phrase suivante exprime une toute autre idée. Elle veut dire que les hommes d'une science profonde ont ce privilège par rapport aux autres, de reconnaître leur ignorance et aussi la provenance divine des paroles Coraniques (2).

Donc la philosophie selon Ibn Rochd, loin d'être en contradiction avec la religion, est son complément, car la « religion ne trouve que dans la philosophie l'interprétation adéquate des

---

(1) Voir Léon Gauthier, *La théorie d'Ibn Rochd*, p. 29.

(2) *Ibid.*, p. 60.



symboles dont elle a pour mission d'envelopper à l'intention du vulgaire, la vérité nue » (1).

Tandis que la philosophie se suffit à elle-même la religion trouve son explication dans la philosophie : « la vérité philosophique est à la vérité religieuse ce que l'élite est à la masse.. » (2).

Et voilà la conséquence hardie qu'Ibn Roch va tirer de son exposé : en cas de contradiction apparente entre le texte révélé et la raison, le premier « doit toujours céder le pas en se prêtant, chez les esprits d'élite, à l'interprétation philosophique » (p. 109). Nous sommes bien loin du fanatisme musulman et néanmoins il faut remarquer encore que le rationalisme d'Ibn Rochd n'était pas chose indiscutable (3) et par conséquent ses conceptions philosophiques en matière de la religion apparaissent, par rapport à certains autres philosophes, beaucoup plus modérées.

Et c'est justement la hardiesse de certains autres philosophes en matière de problèmes religieux, tels par exemple que l'existence de Dieu, sa connaissance, le jugement dernier, etc..., qui fit élever la voix sonnante d'un autre philosophe, Ghazali, qui avait lui-même traversé toutes les gammes des croyances apparues dans l'Islam et qui critiqua impitoyablement les philosophes dans son ouvrage *Tahafot-al-Falaçifa* (4).

Ghazali est représenté par Clément Huart, dans une notice critique du *Journal asiatique* (p. 76) sous les traits suivants : « S'il est un homme qui ait abusé de la permission d'être ondoyant et divers, c'est à coup sûr le théologien et philosophe musulman Abou Hamid el Ghazali, tour à tour croyant et sceptique, et qui finit par verser dans la recherche de l'extase mystique. Mais il a une excuse : c'est la vérité qu'il a cherché toute sa vie, et s'il ne l'a point rencontrée au milieu des contradictions de toutes les écoles philosophiques et religieuses de son temps, c'est qu'il lui manquait, pour se guider dans l'obscurité de ce labyrinthe, la méthode inaugurée, sous l'influence de l'hélénisme renaissant par l'école italienne qui précéda Bacon. » Cet homme dont l'importance fut énorme dans l'Islam et nous l'avons déjà rencontré à l'occasion de son œuvre de revivification dans l'étude du sou-

(1) Léon Gauthier, *op. cit.*, p. 111.

(2) *Ibid.*, p. 108.

(3) *Ibid.*, p. 177.

(4) Baron Carra de Vaux a donné, dans la *Revue critique*, 1895, un compte rendu de l'analyse faite sur *Tahâfot*, par T. de Boer.

fisme, traite les philosophes dans son ouvrage « Tahâfot », d'infidélité caractérisée et d'hérésie (1). Il visait surtout dans ses critiques Avicenne et Al Farâbi. Alors nous assistons à une réplique d'Ibn Rochd dans son ouvrage intitulé « Tahâfot al Tahâfot » (la réfutation de la réfutation) dans lequel l'auteur prend à partie Ghazali et rejette les accusations portées dans le Tahâfot.

C'est pour démontrer à quel point l'intrusion de la philosophie dans une religion qui ne connaissait que des principes simplistes et positifs, était chose ardue.

Dans ce lieu où nous allons exposer la théorie des Mo'tazilites — auxquels Goldziher, peu généreux d'habitude, reconnaît néanmoins « le mérite d'avoir, les premiers dans l'Islam, élevé la raison au rang de source de la connaissance religieuse... » (2) — il était nécessaire de se rendre compte du point auquel l'Islam, avec l'adoption de la « raison » était parvenu.

*Les Mo'tazilites.* — Dans le début du règne des Omeiyades et bien avant l'apparition de la philosophie grecque, une question qui préoccupait les esprits spéculateurs, était la question de libre arbitre et fataliste, que nous avons étudiés brièvement par ailleurs. La question de libre arbitre fut posée pour la première fois « par Mabad-el-Djohani et Atâ, fils de Yasâr qui appartiennent à l'école du célèbre jurisconsulte Haçan, fils d'Aboul Haçan de Basra » (3).

Les partisans du libre arbitre furent nommés Kadarites, appellation très confuse puisqu'elle embrassait, au point de vue lexicologique, en même temps les partisans du libre arbitre et aussi leurs adversaires. Parmi ces partisans, il faut ranger les Mo'tazilites, qui, après l'adoption du libre arbitre, appelèrent cette doctrine « Al-adl », c'est-à-dire la justice, étant donné que la prédestination était contraire à la justice divine. La justice est d'ailleurs, d'après les Mo'tazilites, non pas volontaire et arbitraire, mais en quelque sorte nécessaire et obligatoire. Car une justice qui dépendrait de la volonté et de l'arbitraire de Dieu est injuste.

Le fondateur des Mo'tazilites est Wâsil ibn Atâ qui fut, comme son père, de l'école de Haçan al Basri. Grand orateur, il se sépara

---

(1) Voir Léon Gauthier, *La théorie d'Ibn Rochd*, p. 100.

(2) Voir Goldziher, *op. cit.*, p. 95, n° 9.

(3) Baron Carra de Vaux, *Avicenne*, p. 17.

bien vite de son maître à cause d'une dissidence d'opinion qui eut lieu entre eux. Il voulait établir un degré intermédiaire entre le croyant juste, et l'impie. Le premier ayant la foi islamique, tout en se préservant de courir un péché, le second étant d'une religion dissidente et par conséquent impie, il fallait donner une place intermédiaire à un pécheur qui, dans son péché même, croit à l'Islam. On a donné plus tard à cette théorie le nom de « l'état mixte ».

N'étant pas d'accord avec son maître, il se sépara de lui. « Wâsil se sépara donc de nous » proclama le maître. De là, le nom Mo'tazilites, c'est-à-dire ceux qui se séparent, les séparatistes.

Goldziher veut admettre que ce nom leur revient parce que les Mo'tazilites furent des gens pieux, des ascètes qui s'isolent, qui se retirent (p. 80).

Les Mo'tazilites ou les Mutakallimûn, c'est-à-dire les gens de Kalâm sont ceux qui moyennant le raisonnement dialectique spéculent sur une question dogmatique religieuse, et en se basant ainsi sur des formules rationnelles, ils résolvent les problèmes théologiques. Renan donne au Kalâm comme synonyme le mot scolastique, qui au début n'étant qu'une discussion rationnelle, changea plus tard de rôle et devint une arme dialectique pour défendre les dogmes religieux (1).

Il s'agit donc non pas d'une secte religieuse mais plutôt d'une méthode scientifique. Il est vrai, que cette méthode était destinée aux fins religieuses. Et si dans cet exposé des sectes hérétiques nous réservons une place à l'étude de cette doctrine, aussi bien qu'à la doctrine inverse, connue sous le nom d'Ach'arite, c'est justement parce que leur spéculation scientifique est la clef de voûte de beaucoup des problèmes religieux dans l'Islam. Aussi leur doctrine ne reste pas une exclusivité de l'Islam hétérodoxe, pas plus que de l'Islam orthodoxe. Mais il convient d'ajouter tout de suite que chacune de ces deux tendances, a gagné la sympathie des idées religieuses des groupements différents ; et avec le temps, on constate que l'orthodoxie voit dans l'Ecole Ach'arite, un terrain plus conforme à ses aspirations et à ses vœux, tandis que le système Mo'tazilite convenait mieux aux idées hérétiques.

---

(1) Renan, pp. 104 et 105 de *Averroès*.

Quelles que soient les raisons primitives de l'apparition de l'école Mo'tazilite dans l'histoire de l'Islam, le fait indéniable est que la conception étroite de l'orthodoxie, avait amené l'école Mo'tazilite, à créer une tendance libérale qui eut pour but de délier les croyances religieuses des chaînes serviles.

Ils firent entrer dans la connaissance religieuse l'élément de « Aql » (raison), en face de l'élément « ttaqlid » (l'acquiescement servil), le seul élément jusque-là connu.

Ils disaient que « cinquante doutes valent mieux qu'une certitude » (1). Ghazali dira plus tard dans le même esprit : « Quiconque ne doute pas, ne peut examiner rationnellement ». Baron Carra de Vaux dans son ouvrage sur Ghazali dit : « Nazzâm, le Mo'tazilite... énonce à propos de l'œuvre d'Abou Horeïra cet aphorisme : « La première condition de la science est le doute ».

Leur système rationnel était inspiré de la philosophie grecque et de l'école aristotelicienne. Mais cette apparence de ressemblance n'a pas pu jeter le pont sur l'abîme qui les séparait, et sur plus d'un point la dissidence subsista. L'Eternité de l'univers et l'infrangibilité des lois naturelles de la doctrine peripatéticienne ne s'accordaient point avec le système Mo'tazilite, quelque rationnel que ce système pouvait paraître.

Sur le terrain religieux deux principes essentiels sont à la base de leur système : l'unité divine et la justice divine.

La justice pour Dieu n'est pas facultative mais nécessaire. La conception de Dieu doit être inséparable de celle de la justice. En effet, puisque Dieu a créé l'homme dans l'intention de lui procurer le salut, il est nécessaire qu'il lui révèle le bon chemin, et qu'il le conduise, par l'envoi des prophètes, à une fin salutaire. La bienveillance divine est donc nécessaire « lûtfî wâdjib ».

D'autre part, les attributs de Dieu furent un autre « brandon de discorde », comme dit Renan. Les Mo'tazilites nient ces attributs en ce sens que ces attributs sont de l'essence même de Dieu et non pas des idées annexées à cette essence. La formule d'Abou'l Hodeïl, un des illustres chefs Mo'tazilites, dont la figure nous est tracée par l'historien Chahraštani — et l'ouvrage sur Avicenne de Baron Carra de Vaux nous rapporte certains passages — est très connu. « Abou'l Hodeïl disait : « Dieu est savant par une

(1) Goldziher, *op. cit.*, p. 81, n. 45, ch. III.

(2) Baron Carra de Vaux, *Ghazali*, p. 6.



science qui est son essence. » Il attribuaient ainsi à Dieu une qualité qui est identiquement essence (3). Autrement, connaître des attributs distincts de l'essence de Dieu, c'est de l'impénétrabilité, c'est le dualisme, c'est l'association.

Dans le domaine de la morale religieuse, ils ont une conception différente de celle des Ach'arites au sujet du « beau » (Hosn), et du « laid » (Gobh). Le beau et le laid sont des conceptions qui existent en soi, de telle sorte qu'on peut attribuer les qualificatifs de beauté et de laideur, aux œuvres et aux actes que nous accomplissons dans la vie journalière. Donc si Dieu a défendu tel acte, et ordonné ou recommandé tel autre, c'est parce que cet acte ou cette œuvre est bon ou mauvais en soi, et c'est la beauté et la laideur des actes qui ont déterminé l'ordre ou la défense. C'est une conception opposée à celle des Achâ'ira, qui disent que les actes ne sont bons ou mauvais que parce que Dieu les a ordonnés ou défendus. C'est l'appréciation de l'ordre divin qui détermine la qualité et la nature des actes.

Un autre terrain de discussion pour les Mo'tazilites, c'est la conception antropomorphiste de Dieu. Dans l'Islam aussi bien chez les Sunnites que chez les Chiïtes, beaucoup des sectes avaient des conceptions absurdes sur Dieu, et lui donnaient la forme humaine avec tous les membres que comporte la formation d'un corps.

Pour certains d'entre eux, les lettres qui forment en arabe le nom de Mahomet dépeignaient dans leur imagination le corps de Dieu. Parmi les Sunnites, le rite Hambalite, qui admet littéralement et d'une façon servile les textes du Coran, adopte la conception antropomorphiste dans toute son étendue. Les Achâ'ira, aussi, disent que Dieu a déclaré dans le Coran, qu'il envoie le Livre « en claire langue arabe et sans détour ». Il n'est donc pas possible de ne pas prêter aux mots le sens qu'ils comportent couramment. La main, le pied, la cuisse, les yeux, les oreilles tant cités dans le Coran, représentant les membres du Dieu. Lorsque le sourat 48, verset 10, dit : « La main de Dieu est au-dessus de vos mains », ou dans le sourat Ar-rahmân 55, le verset 27, lorsque le Dieu dit : « La face seule du Dieu restera environnée de majesté et de gloire » (2), et tant d'autres dans lesquels il est question des diffé-

---

(1) Baron Carra de Vaux, *Avicenne*, p. 22.

(2) Kasimirski, *Le Coran*, Charpentier, Paris, 1844.

rents membres de Dieu, comment pourrait-on attribuer à ces mots un sens autre que leur sens réel ?

Et dans le commentaire des versets qui contiennent de pareilles allusions, on trouve fréquemment chez les commentateurs de tendance antropomorphiste, des explications nettes et décisives, qui ont pour but, d'écarter toute sorte d'équivoque en cette matière.

Goldziher nous donne de nombreux exemples sur ce point. Mohamad Ibn Sa'dûn citait à l'occasion d'un sermon, le verset 42 du sourat 68 qui dit : « Le jour où les jambes seront à nu (allusion au Jugement dernier) on les appellera à l'adoration... » (1). Et pour affirmer qu'il n'y a pas d'ambiguïté dans l'interprétation de la parole coranique, le prédicateur frappa sur sa cuisse et dit : « une véritable cuisse, toute pareille à celle-ci » (2).

Taqi ed Din Teymîyya, dont les théories servirent plus tard de base au mouvement Wahâbite, en commentant le texte qui indique la descente de Dieu parmi les croyants, descendit lui-même quelques gradins de sa chaire en disant : « Tout comme je descends ici » (3).

Leurs contradicteurs répliquent que Dieu lui-même a déclaré dans son Livre que rien ne lui ressemble. Ils répondent : oui, rien ne lui ressemble quant à sa divinité, mais quant à sa forme, « il est comme toi et moi ». Et pour appuyer leur allégation, ils se reportent au verset du Coran dans lequel Dieu, s'adressant aux épouses du prophète, leur déclare : « O femmes du prophète ! vous n'êtes point comme les autres femmes... » (4). Ces femmes, disent-ils, ne sont pas comme les autres quant à leur dignité et non pas quant à la forme ; quant à leur forme, elles sont toutes comme les autres (5). Donc, poursuivent-ils, il est indéniable que Dieu a une forme humaine, mais le comment de cette forme nous échappe. Nous sommes donc obligés, disent-ils, d'admettre la lettre du texte sans chercher le comment. D'où leur surnom « sans comment » (bilâ Keîf) balkafa (6).

(1) Kasimirski, *Le Coran*, Charpentier, Paris, 1844.

(2) Goldziher, *op. cit.*, p. 87, n. 51, ch. III.

(3) *Ibid.*, p. 87.

(4) Kasimirski, *Le Coran*, Charpentier, Paris, 1844.

(5) Goldziher, *op. cit.*, p. 87.

(6) *Ibid.*, p. 86.

Les Mo'tazilites, devant ces grossièretés sans nom, avaient une lourde tâche pour rendre à la conception divine la pureté qu'il convenait. Toutes ces indications dans le texte coranique, disent-ils, ne sont que des allusions à des vérités, qu'il faut chercher par des travaux hermeneutiques d'interprétation. Alors, dit Goldziher, ils s'ingénierent par tous les moyens qui étaient à leur portée et même ils s'adonnèrent à la recherche des ressources lexicologiques et grammaticales fournies « par la particularité de la vieille écriture consonantique arabe, dans laquelle les voyelles ne sont pas exprimées graphiquement » (page 103) pour écarter les absurdités que le tadsîm, c'est-à-dire l'antropomorphisme emportait dans la conception de l'existence divine.

Nous voyons par cet abrégé succinct de la doctrine Mo'tazilite que leur système était destiné à concilier la philosophie avec l'islamisme. Mais comme dit Renan, il « ne parut satisfaire ni les philosophes, ni les dévôts » (1), car c'était un système conçu pour répondre aux « besoins de la polémique » (page 107). Mais comme nous avons pu constater plus haut, la philosophie proprement dite, c'est-à-dire débarrassée de tout préjugé religieux, trouva dans le rationalisme mo'tazilite un terrain plus propice à sa propagation. Ce fut plus tard l'œuvre des philosophes qui devraient combattre le système médiocre des rationalistes pour élever la philosophie à la hauteur de sa pureté indépendante.

*Les Achâ'ira.* — Abol-Hassan, élève de l'Ecole Mo'tazilite, fut le fondateur d'une nouvelle école qui était dans sa destination primitive la contre-partie de l'Ecole Mo'tazilite. Quoique plus tard les élèves du maître soient devenus plus conciliants avec le système rationalisme Mo'tazilite et leur procédé exigétique des textes (ta'wil), il n'est pas moins vrai que, par rapport aux mo'tazilites, considérés comme des hérétiques, ils sont aux yeux de l'orthodoxie, jugés et traités plus favorablement. Nous avons déjà rencontré certains points de leur divergence dogmatique avec l'Ecole dissidente. D'autres points de combat encore plus acharnés renforcent ces divergences.

L'un d'entre eux est en particulier la question de savoir si le Coran, la parole de Dieu, est créé ou éternel. C'est un sujet d'étude fort intéressant mais dont l'examen, même trop succinct, nous

---

(1) Renan, *Averroès*, p. 104.

amènerait trop loin. Aussi nous nous dispensons de nous attarder là-dessus.

L'un des principes philosophiques traités par les Achâ'ira, c'est la question de causalité dans l'ordre de la nature. La doctrine néo-platonicienne enseigne sur ce point la causalité et la loi du rapport de la cause à effet. Les Achâ'ira rejettent cette doctrine. Pour eux, « l'antécédent n'est pas la cause de conséquent » (1).

Et Dieu lui-même, selon cette opinion, n'est plus la cause première de la nature, mais simplement son auteur « faill ». Il faut substituer l'habitude (âdat) à la cause des phénomènes naturels. Donc, la loi de causalité, la loi naturelle constante et immuable, n'existe plus pour eux ; mais c'est l'habitude établie dans la nature qui fait que certains états suivent d'autres d'une façon consécutive (2).

Mais cet état consécutif des faits n'est pas immuable, si bien qu'il suffit que l'accident déterminant un fait, fasse défaut pour que le fait lui-même ne se réalise jamais. « Ce qui nous paraît l'effet de lois n'est qu'une habitude de la nature » (3). Tel est leur postulat.

Le fait du flux et du reflux du Nil, disent-ils, par exemple, ne se produit point à la suite de règles naturelles immuables telles que nous les concevons dans notre imagination. Il n'y a, disent-ils, aucun rapport de cause à effet entre le flux et le reflux et les règles naturelles qui seraient à la base de ce phénomène.

Il y a tout simplement cette habitude établie dans la Nature qu'à la suite du flux, l'eau tend à se reprendre. Enlevez ce fait de flux, le niveau de la rivière ne changera plus.

Donc, ce que nous considérons comme le résultat des causes des lois naturelles, n'est en réalité que la somme de la consécution de certains faits à certains autres faits à la suite d'une habitude établie dans l'ordre de la nature (Idjra-al-Adat).

Et si cet enchaînement qui n'est nullement nécessaire mais habituel cesse de se produire, il y a alors ce que les Achâ'ira appellent « rupture de l'habitude » « Kharqi Adat » et que les autres appellent miracles.

---

(1) Goldziher, *op. cit.*, p. 107.

(2) *Ibid.*, p. 108.

(3) *Ibid.*, p. 108.



Avec ce système, l'énigme de la promesse coranique se déchiffre. Un Hadit (parole attribuée au Prophète) dit que dans le paradis il y a un arbre sous l'ombre duquel les bienfaiteurs s'étendent pendant cent ans. Mais le verset 1 du 81<sup>e</sup> sourat dit : « Lorsque le soleil sera couvert de ténèbres. »

Alors, comment s'expliquer l'ombre d'un arbre lorsque le soleil est déjà : « couvert de ténèbres. »

C'est que, disent les Achà'ira, l'ombre et la lumière ne sont pas l'une la cause de l'autre. Chacun a une existence distincte particulière et indépendante. Ainsi l'ombre de l'arbre promis peut assurer la jouissance des élus, le soleil même étant déjà : « couvert de ténèbres. »

### SECTION III

#### I. L'EXTENSION DU CHIISME EN PERSE

##### ET SON ÉTABLISSEMENT DÉFINITIF DANS CE PAYS

Nous venons d'esquisser schématiquement quelques-unes des sectes chiites et leurs doctrines. Il ne faut pas croire que c'est dans des travaux médiocres qu'on pourrait nourrir l'ambition d'étudier d'une façon approfondie, toutes les sectes auxquelles l'histoire de l'Islam a donné naissance. Traiter avec plus ou moins de détails des sectes apparues dans l'Islam jusqu'à nos jours (aussi bien dans l'Islam orthodoxe qu'hétérodoxe) est, dans des conditions pareilles aux nôtres, presque une chimère. Aussi le rappel de quelques sectes chiites dont certaines sont sans doute parmi les plus importantes, n'était qu'à titre énonciatif.

Quoiqu'il en soit, la Perse était au début un pays (tout comme les autres pays conquis par l'islamisme) où le chiisme et le sunnisme se pratiquaient côte à côte.

Il a fallu mettre des siècles pour que le chiisme — pour des raisons que nous mettrons brièvement en relief — prenne nettement le pas sur le sunisme dans ce pays.

Mais dès les premières années de sa naissance, le chiisme qui était destiné à devenir un parti minoritaire dans l'Islam, et par conséquent antigouvernemental, fut livré à des persécutions que nous avons pu constater par ailleurs.

Cet état de choses réduisait les chiites à vivre toujours en cachette.

L'avènement des Abbasides leur laisse un moment l'espoir d'une délivrance des tyrannies omeyyades. Mais il n'en fut rien et ils durent se résigner plus que jamais à professer leur foi dans le recul et l'isolement.

Cette posture leur devint presque une nécessité. Pour sauver en même temps leur foi et leur vie, et en attendant des jours meilleurs où ils pourraient afficher publiquement leur opinion, ils choisirent le procédé sage de ne pas dévoiler aux yeux de leurs adversaires le secret de leur foi, et de dissimuler ainsi leur croyance intime. Ce procédé est connu sous le nom de « Taqqia » ce qui veut dire presque « dissimulation par précaution ».

Goldziher a jugé très sévèrement ce procédé de taqqia qui, appliqué même aujourd'hui en Perse est, d'après l'auteur, une école de duplicité, de haine et de colère intérieure (pp. 169 et 170). Il rapporte même des paroles attribuées aux Imâms qui auraient encouragé cet état d'esprit.

Quoique avec un procédé hardi de jugement on puisse toujours donner une couleur vive aux opinions, dans une critique, on ne gagne rien à déchoir dans une âpreté de langage qui fait dégénérer fatalement l'impartialité en parti pris. Aussi nous préférons nous rallier à une autre définition du taqqia donnée par un écrivain renommé, Claude Anet. Mais il faut ajouter tout de suite que le développement de l'illustre écrivain n'est nullement sur le terrain religieux et moins encore sur la conception chiite de la religion. Il est tout simplement sur le terrain psychologique et envisage l'étude de l'état d'âme d'un peuple, d'une nation, non dans ses rapports avec la religion, mais en liaison avec son esprit populaire et son éducation nationale. Aussi l'auteur ne dénomme pas ce caractère, « Taqqia » mais « Kitmân » nuance d'ailleurs peu considérable et qui indiquerait peut-être mieux le côté psychologique plutôt que le côté religieux de la question ? Nous voulons parler d'une conférence donnée par Cl. Anet sur « l'esprit persan » à Monaco en 1925. A part des paroles très obligeantes de l'auteur qui indique une délicatesse mesurée de caractère, il y a une profondeur vraiment saisissante dans la perspicacité de son jugement qui est sur plus d'un point pénétrant.

Nous rapportons *in extenso* le passage relatif à la définition de Kitman :

« Qu'est-ce que le Kitmàn ? C'est une doctrine ou plutôt une politique de l'esprit, qui n'a pu naître et se former que dans un pays de très antique civilisation, où les hommes depuis des milliers d'années — et alors que nous n'étions encore que des barbares — ont cherché à avancer dans la voie difficile de la sagesse.

Le Kitmàn ce n'est pas le mensonge, c'est l'art de cacher sa pensée, non pour tromper celui à qui l'on parle, ni par politesse pour son interlocuteur, ni pour en tirer un grossier avantage matériel, mais par respect pour la pureté d'idées qui n'ont rien à gagner, et souvent tout à perdre, à être exposées en public, parce qu'elles attireraient l'attention des gens, leur critique et parfois leurs coups.

Le Kitmàn n'est donc pas une apologie du scepticisme, mais il se situe exactement à l'opposé du prosélytisme qui apparaît au sage persan comme la tendance d'esprit la plus dangereuse, la plus perturbatrice, celle qui engendre le plus de crimes et de guerres, celle enfin qui rend impossible une paix véritable entre les hommes.

Faut-il donner sa vie pour une vérité scientifique ou religieuse ? Folie répond le Persan. Qui serait assez absurde pour soutenir au prix de ses jours que 2 et 2 font 4 ? En réalité si vous risquez quoi que ce soit pour ce que vous avez découvert par le travail de votre esprit, c'est que vous n'êtes pas très assuré d'être dans le vrai, car le vrai se suffit à lui-même et n'a pas besoin de l'approbation de la foule. En somme le persan a horreur des martyrs qu'ils appartiennent à la religion ou à la science. Il veut conserver pour lui et pour quelques initiés les théories auxquelles il est arrivé. Cela ne manque pas, avouez-le, d'une certaine grandeur dédaigneuse. »

Ce qu'on peut affirmer avec le plus d'exactitude possible — et les langages acerbes sont eux-mêmes d'accord sur ce point — c'est que le taqia religieux était commandé par la prudence et en vue d'éviter « les périls que pouvaient entraîner pour tous les initiés la diffusion » des saints secrets.

« Le chiite non seulement *peut* mais *doit* dissimuler sa foi véritable ; il doit dans un pays où dominent les adversaires parler et agir comme s'il était l'un d'entre eux, pour ne pas appeler

le péril et la persécution sur ses compagnons » (1). Mais de là à l'école de duperie et de haine, il y a de la coupe aux lèvres.

Quoiqu'il en soit les chiites furent partout persécutés. Même en Perse où aujourd'hui le chiisme est la religion courante, autrefois les adeptes n'en étaient pas moins recherchés pour subir un sort pénible.

Ici quelques développements sont nécessaires pour la compréhension de l'établissement du chiisme sur le territoire persan et son érection en religion d'Etat.

On a pensé que le chiisme était un mouvement politique et antiislamique dirigé par la Perse en guise d'une réaction de l'esprit aryen contre l'esprit semitique. Ce mouvement aurait pour but de libérer la Perse et son génie du joug de la domination arabe. Il y a lieu de distinguer. L'apparition du chiisme n'a rien de commun avec l'état de soumission par contrainte d'une race à une autre. Il est vrai que les mystères d'une haute figure qui a apparu dans l'Islam naissant, ne doit pas être complètement étranger au soutien de la succession d'Ali à la dignité de Calâfat. Nous voulons parler d'un personnage connu dans l'histoire de l'Islam sous plus d'un trait et converti de bonne heure à l'Islamisme en acquérant dans la nouvelle religion et auprès du Prophète une place de premier ordre : le persan Salmân Fârs dont le nom original était Rouz-beh-Marzabân. Ce personnage aurait été secrètement chargé de soutenir, après le prophète, Ali son gendre, et de l'élever à la dignité de Calafat.

Qu'une interdépendance existât entre cette mission et le mouvement qui réclamait la légitimité et la succession de la maison du Prophète, c'est une conjecture hypothétique sur laquelle on ne peut évidemment baser aucun jugement solide. Le fait indéniable est que le chiisme est apparu dans un milieu arabe, sur le territoire arabe et avec des éléments arabes, et comme dit Goldziher « le chiisme est aussi arabe dans ses racines que l'Islam lui-même » (p. 195).

Mais quelles que soient les causes primordiales d'un événement que l'on nommera une affaire de famille, et quelque négligeable que paraisse l'influence des idées étrangères au commencement de cet événement, il est hors de doute que c'est l'intrusion de ces idées étrangères qui a donné à l'embryon la forme

---

(1) Goldziher, *op. cit.*, p. 170.



viable. L'événement était destiné à un tout autre but, mais une fois déclanché, il n'a pas pu résister à changer sa destination, et d'un incident de famille qu'il était, il est devenu une cause ethnologique. Ali lui-même après sa défaite se retire à Irak ; la révolte d'un Mokhtar fait ressortir les particularités de l'opposition ; les détails dogmatiques de la nouvelle secte n'avaient pour source que les coutumes étrangères ; le centre des tendances néo-chiites se décampe du territoire arabe pour s'installer sur des territoires étrangers ; les Abbasides s'appuient sur le mouvement chiite des Khoràsaniens ; la croyance à l'hérédité du pouvoir c'est-à-dire la théorie de Imàmat, qui est la caractéristique de l'Islam chiite, n'est-elle même que la conception de la royauté divine dans la Perse antique. Donc sans pouvoir contester les circonstances du point de départ du mouvement, il faut présenter toujours à l'esprit les vraies circonstances qui ont permis la viabilité du germe, sa survivance et son développement postérieurs. Il faut se souvenir surtout de la transformation du mouvement dans le sens d'un idéalisme ethnique. Tous les détails, et nous dirons même toutes les futilités, qui se sont greffés par la suite à la doctrine chiite, témoignent surabondamment les mœurs, les coutumes et les vestiges d'une religion qui ne pouvaient pas être celle des arabes.

Mais une telle innovation n'était nullement commandée par esprit d'indignation ou d'animosité de race.

Il n'y a pas d'erreur plus grossière que de penser que le chiisme fut un échafaudage artificiel qui représentait la haine et l'animosité du vaincu devant le vainqueur. Non, c'était au contraire une construction basée sur les aspirations, les mœurs et les coutumes d'un peuple qui avait pour but de mettre en harmonie l'état de choses du temps avec son esprit et ses aspirations.

On a pensé que l'Islam et l'esprit persan étaient deux choses tellement contradictoires que leur réunion était impossible. La formation du cerveau d'un Persan, ses aspirations et ses besoins moraux et intellectuels commandés par les exigences de race seraient incompatibles avec l'Islam. Donc l'acceptation du chiisme par la Perse serait un acte de vengeance et de résistance contre une religion et une race qui n'avaient rien de commun avec son esprit ; la religion ne serait pas un acte de foi et de croyance sincère pour la Perse, mais un désir passionné de punir l'injure subie.

Cette opinion est aux yeux des croyants chiïtes une injustice flagrante à la sincérité de leur foi religieuse. Le rapport entre la Perse et l'Islam n'est pas le rapport entre le vainqueur et le vaincu. Au contraire, la Perse cherchait à résoudre la question de la succession sur la base de la justice et du droit. Aussi bien que dans le domaine de la science et de la morale en matière de religion, la Perse travaillait à la recherche de la vérité. Elle voulait avec toute la force de la foi découvrir, dans le nuage sombre des passions et des intérêts, le point lumineux d'une vérité sinon absolue tout au moins relative qui puisse résoudre équitablement le problème de la succession. A qui revenait la succession du Prophète ? Cette question occupait en Perse les esprits sincères, car suivant les Persans il fallait bannir la violence et soutenir la cause de la justice et cela non parce que le mouvement répondait aux désirs et intérêts politiques, mais parce qu'il répondait à ses tendances morales.

Evidemment, plus tard les intérêts politiques s'ajoutèrent aux griefs initiaux, et des visées sociales, territoriales et politiques, firent bientôt leur entrée. Dans un temps qui ne nous est pas trop éloigné, une politique purement nationale de la dynastie safavide a pu mettre le chiïsme au profit d'une cause tout à fait étrangère à la religion. Sans parler même des Bouyïdes et d'autres tentatives analogues, les safavides voulaient maintenir sous le voile de la religion l'intégrité territoriale et la puissance politique de la Perse envers l'Empire Ottoman. Il est vrai, que cette politique fut abandonnée avec Nàdir qui, après avoir réduit l'adversaire turc à l'impuissance, a préféré déraciner les dissidences religieuses qui ne pouvaient donner que des résultats fâcheux à l'harmonie d'une entente entre l'Empire Ottoman et la Perse.

Nàdir prit même la contre partie de la politique safavide et engagea un entretien avec les ottomans dans le sens d'une fusion entre le chiïsme duodeciman, qui était devenu depuis les safavides la religion d'Etat, avec l'Islam orthodoxe. Il fut même question d'ériger dans l'enceinte de la Mecque une 5<sup>e</sup> station (maqâme) pour le chiïte Djafarite à côté des 4 autres (maqâm) des quatre rites orthodoxes. Mais tous ces incidents politiques appartiennent à une date déjà très avancée, et avec ces constatations nous sommes bien loin de la formation dogmatique du chiïsme, formation inspirée d'idées d'ordre non pas politique mais moral, doctrinal et ethnologique. Depuis ce temps

historique, à part quelques villes en Perse qui ont adopté de très bonne heure la croyance chiitique — telle par exemple la ville de Qûm qui fut probablement très vite l'asile des Chiïtes — en Perse comme ailleurs, les chiïtes vivaient quoique souvent persécutés mais toujours à côté des sunnites. Les quelques petits incidents qui éclatèrent dans le cours des siècles ne sont pas en mesure de prouver le contraire. Par exemple, l'avènement des Bouyïdes dans les provinces du nord de la Perse quoique fort avantageux pour le développement du chiïsme, était tout à fait encadré et limité dans l'espace et aussi dans le temps. Un autre fait assez divertissant sans doute mais beaucoup moins important au point de vue de la consolidation chiïte, nous est rapporté par M. Eugène Aubin, dont M. Morand, dans son ouvrage intitulé *Droit musulman algérien* nous cite le passage.

Il s'agit d'un roi mongol qui régnait en ce moment dans la région de « Soltanieh » en Perse. « Il n'y avait alors, dit l'auteur, que des sunnites dans cette région de l'Iran. Quand survint un mollah d'Ispahan, Mollah Hossein Kachefi ; ...le roi mongol qui venait de répudier, pour la 3<sup>e</sup> fois une femme aimée et d'humeur fantasque, désirait la réépouser une 4<sup>e</sup>. Or, pour ce faire, la loi sunnite ne possédait plus de ressources ; Mollah Hossein sut exposer à temps les mérites du chiïsme, plus libéral en pareille affaire, et guider la conscience souveraine » (1).

L'invasion de Badgad par le prince Holagou, à la tête des Mongols, sous l'influence de l'illustre savant et astronome Nasir-eldin de Tous, qui avait pour but la chute de la dynastie abbaside, était encore provoquée par les souffrances des chiïtes et la tyrannie à laquelle ils étaient en proie (2). Mais tout cela sont encore une fois, des incidents passagers sur lesquels on ne peut former aucun point solide.

Donc c'était en dehors de toute considération d'ordre politique que la Perse avait, dès le commencement, marqué de la sympathie pour le chiïsme et qu'elle développait sous l'égide de ses aspirations culturelles et ethnologiques les dogmes de sa religion. Cette religion fut donc coulée, après le déclanchement de point de départ, dans le moule d'une idéologie qui répondait mieux à l'état d'âme de la race. Dans les étapes que par la suite le chiïsme traversera, il consolidera cet état d'âme. Avec le rationalisme Mo'tazilite,

(1) Aubin, *La Perse d'aujourd'hui*, p. 11, Paris, 1908.

(2) Voir Baron Carra de Vaux, *Mohametisme*, p. 141.

avec le mysticisme du soufisme, avec l'humanitarisme du babisme, le chiisme s'est écarté de plus en plus d'un esprit que nous ne disons pas contradictoire avec le sien, mais au moins peu en harmonie avec ses aspirations.

Dans le cours des âges, le chiisme s'est donc replié sur lui-même et est parvenu à faire intervenir dans le dosage des principes islamiques, un certain nombre d'idées destinées à atténuer l'influence des lois islamiques.

Voici le témoignage de Baron Carra de Vaux sur ce point : « ...bientôt ...l'esprit de l'ancienne Perse se répandit parmi les musulmans partisans des droits d'Ali. Les rêves et les espérances du Zoroastrisme écrasé passèrent dans l'âme des chiites persécutés, et le génie persan réclama ses droits contre le génie arabe, en même temps que les fils d'Ali réclamèrent les leurs contre la dynastie orthodoxe » (1).

Et plus loin, l'auteur dit :

« Il y a de grands aspects dans cette histoire du chiisme : c'est la lutte de l'instinct profond d'une race contre la doctrine d'une race conquérante ; la lutte d'une pensée libre et large contre une orthodoxie étroite et inflexible ; la lutte d'un droit politique fondée sur des principes moraux contre un pouvoir victorieux fondé sur la force brute. On ne trouverait peut-être pas dans l'histoire un plus grand exemple du sentiment de la légitimité » (pp. 142-143).

Donc le chiisme était une doctrine de foi et de croyance religieuses, basée sur l'instinct et l'esprit d'un peuple qui sentait le besoin d'élancer son âme vers d'autres fins et libérer ses aspirations d'une chaîne dont les anneaux n'étaient pas forgés pour maintenir l'ordre de ses caractères ethnologiques. Apparu historiquement dans un milieu arabe, le chiisme a donc pu gagner dès les premiers jours, des sympathies au milieu des musulmans de la Perse.

Donc, tout en ayant foi dans sa nouvelle religion, la Perse cherchait dans le chiisme l'expression de ses idées, et voulait trouver en lui un germe d'opposition qui put lui servir plus tard contre la domination à main armée de la race conquérante. Il a réclamé donc au nom de sa nouvelle religion et sous l'aspect de la réintégration des descendants d'Ali dans leur droit violé, la

---

(1) Baron Carra de Vaux, *Mahometisme*, p. 132.



délivrance de son génie. Tant que le Califat subsista à Damas et à Bagdad, les chiites goûtèrent rarement un moment de paix et de répit. Ils formaient et développaient alors les dogmes et les principes de leur religion dans l'isolement. Plus tard et après des siècles de perturbation et de malaise que le pays entier avait traversé, dès que nous voyons avec les safavides l'unité territoriale rétablie — l'unité qui, après la désagrégation de l'Empire sassanide, avait été complètement disparue — nous constatons qu'à l'instar des sassanides qui avaient érigé le Zoroastrisme en une organisation étatique, les safavides élevèrent le chiisme à la dignité de la religion officielle de leur Empire. Après tant de siècles, pendant lesquels la Perse avait vécu d'abord sous la domination arabe et ensuite, avec les différentes invasions, sous le régime de la féodalité et d'anarchie et c'était la première fois que l'intégrité territoriale des temps historiques était rétablie et que la grandeur du temps sassanide était retrouvée.

A ce point de vue l'Empire safavide peut être considéré l'héritier direct de l'Empire sassanide.

Les développements dogmatiques, rationnels et mystiques ont été apportés, toujours dans la religion, jusqu'à ce que dans un temps plus récent et sous l'aspect d'une secte nouvelle, un caractère universel et humanitaire est surajouté aux autres aspects du chiisme pour compléter, sous le voile religieux, les desiderata éthiques de la race.

Toutes ces éclosions de pensée, extériorisées tantôt par le rationalisme Mo'tazilite, tantôt par le dogmatisme philosophique, tantôt par le mysticisme soufite et tantôt par l'humanitarisme babisme sont les épisodes que le chiisme a traversé pour mettre en harmonie l'idéalisme iranien avec les dogmes de l'Islam. En ce faisant, il a doté l'Islam d'idées qui, sans lui, seraient restées éternellement étrangères à cette religion.

## II. LES PRINCIPALES DIFFÉRENCES DOCTRINALES ENTRE LE CHIISME ET LE SUNNISME

Nous sommes amenés ainsi à mettre brièvement en relief les principales différences qui séparent les deux grandes sectes de l'Islam : le chiisme et le sunnisme.

La terminologie de Chi'a vient du parti que les chiites ont pris en soutenant la famille du prophète. Le mot Chi'a veut dire « partisan », « fidèle » (sous-entendre : de la famille du prophète).

On les appelle aussi (Al-Khàs'sa), au pluriel : Khawâs, ce qui veut dire « élite », « choisi » (toujours en raison de leur croyance), en opposition des sunnites appelés (Al-âm'ma) au pluriel : awâm, ce qui veut dire « vulgaire », étant donné l'erreur de leur croyance.

Avant d'aborder les principales différences qui séparent les deux sectes, il y a lieu de souligner que le passage d'une secte à l'autre n'est pas tout à fait tranchant.

Il faut plutôt délimiter l'Islam entre deux pôles, ayant pour point de départ des Chiites extrémistes (les exaltés Gholât) et pour point d'arrivée les puritains (tel, par exemple, les Hambalites et plus encore les Wahâbites) et ce, en passant tout le long du chemin sur les innombrables sectes, écoles et rites qui ne diffèrent quelquefois les uns des autres que par un simple détail. Il arrive même quelquefois qu'il y a accord de vue entre certaines écoles sunnites et certaines sectes chiites, tandis que entre ces mêmes écoles et sectes, sur le point en question, l'accord fait défaut. Il y a par exemple une divergence sur la question de savoir si le « pater noster » dans la prière doit être récité nécessairement en langue arabe, ou bien si on peut le réciter en langue nationale. Les hanafites sont les seuls qui sont pour cette seconde solution (1); tandis que les autres rites sunnites sont d'avis contraire et tombent d'accord sur ce point avec les chiites.

On raconte une anecdote au sujet de Al-Châfi'i, le grand fondateur du rite châfiite et le grand émule d'Abou Hanifa, fondateur du rite hanafite. Cette anecdote renforce une autre boutade attribuée encore à Al-Châfi'i, qui aurait dit : « Si vous voulez savoir mon opinion sur les points de droits qui vous embarras-

---

(1) Les adversaires d'Abou Hanifa n'ont pas hésité à l'appeler par dénigrement « mage » en raison des tendances libérales qu'il professait dans ses doctrines. On l'a appelé ainsi pour évoquer son origine persane et ses préférences pour les idées religieuses des organisations ecclésiastiques du temps sassanide.

Quoi qu'il en soit, il y a peu de temps que le gouvernement ture accomplit en pratique la réforme adoptée depuis longtemps en théorie, et décida la prononciation de la prière en langue nationale.

sent, cherchez la solution rendue par Abou-Hanifa ; la mienne serait juste le contraire. »

Or, on dit qu'un jour Al-Châfi'i proposa à ses élèves d'aller avec eux visiter la sépulture de Abou Hanifa : « Il se pourrait, dit-il que je trouve là un nouveau sujet de critique » (1).

Une fois arrivé sur la place, il fut saisi d'un recueillement qui lui fit pencher la tête devant l'obélisque. Tout cela n'est évidemment pas péremptoire mais démontre une divergence doctrinale entre les différents rites sunnites.

D'autre part, nous connaissons quelle distance écarte l'un de l'autre le chiisme orthodoxe et le chiisme extrémiste.

Il n'est certes pas téméraire de dire qu'entre les chiites duodéciman et les sunnites de tendances souples il y a beaucoup plus de points de contact sur les principales normes de l'Islam qu'entre les chiites des deux extrémités. Il n'est pas sans intérêt de remarquer la proximité saisissante de l'esprit religieux entre les chiites duodéciman et les sunnites hanafites. On peut considérer ce rite comme la phase de transition entre les deux grandes sectes de l'Islam : le chiisme et le sunnisme. La souplesse des conceptions et des dogmes religieux des hanafites et l'introduction dans l'Islam orthodoxe de l'analogie légale qui fut sans doute l'œuvre la plus remarquable d'Abou Hanifa — à qui d'ailleurs cette « innovation » valut beaucoup de peine — s'expliqueront peut-être mieux, si on se souvient de l'origine ethnique de l'illustre chef de cette école, et de son esprit qui en résulte.

Examinons maintenant les principales divergences qui séparent les deux sectes chiites et sunnites. Il y a un noyau central autour duquel convergent les principales autres divergences : c'est la question d'Imâmat et de Khalâfat. Quelles que soient les discordes qui séparent les rites sunnites entre eux, le problème du Khalâfat est un point de ralliement qui les fait s'unir contre les chiites. Donc la première différence, l'axe et le pivot de tout mouvement schismatique, est le Khalâfat qui selon les sunnites est un acte public que la majorité des croyants doit seule résoudre, tandis que selon les chiites le pouvoir doit rester dans la famille du Prophète. Et étant donné que le chef de la communauté est en même temps le chef spirituel de l'Islam, ce chef doit donc être muni d'une vertu généralement inaccessible au com-

---

(1) Sawas Pacha, *Théorie du Droit*, 1<sup>er</sup> vol. *Notions historiques*, p. 133.

mun des mortels. Le Khalâfat n'est donc plus une chose à la portée des hommes, mais au contraire une chose divine dont le choix est émané de la volonté divine.

D'après les chiites le Prophète et ses 12 successeurs ont été munis de la raison inspirée. « Leur jugement est infaillible... tout ce qu'ils disent est conforme à la raison..., puisque Dieu lui-même l'inspire » (1).

Une seconde idée, qui dérive de la première est connue sous le nom de la théorie d'Imâmât. Elle consiste en ce que suivant les chiites il est impossible que la communauté vive sans avoir un chef spirituel qui la guide à toutes époques et la préserve de toutes erreurs. Autrement si la communauté est livrée à soi-même et si néanmoins un châtement frappe les actes indéliçables de l'homme, il n'y a plus de vraie justice.

Nous voyons combien la doctrine d'Imâmât chez les chiites se rapproche de la théorie Mo'tazilite de la « justice nécessaire » « lutfi-wadjib ». Etant donné que l'homme ne doit pas rester dans l'égarement, il est nécessaire qu'un guide le dirige dans la voie du salut.

De là la théorie messianique qui n'est autre chose que la nécessité d'une surveillance spirituelle personnifiée dans le « madhi sauveur ». De là la théorie reconnue sous le nom d' « al-ridj'â » ce'st-à-dire « le retour ».

Le 12<sup>e</sup> Imâm étant disparu il fallait penser que sa disparition n'était qu'apparente et qu'il serait un jour de retour. Autrement la communauté restée sans chef retomberait dans l'égarement.

Mais, le retour de l'Imâm n'eut jamais lieu. Alors il fallait croire que la réapparition n'était pas jugée propice par l'Imâm ; ce dernier serait resté caché quelque part en attendant le moment plus favorable à son apparition qui n'a d'autre objectif que de rétablir dans le monde la justice méconnue.

La logique commandait donc de croire que l'absence du 12<sup>e</sup> Imâm n'est qu'apparente. En réalité, il est toujours présent parmi son peuple.

Les sunnites fouillèrent dans les annales des « hadits » pour opposer aux chiites des objections sur la croyance de « Mahdi » telle que ceux-ci la concevaient. Ils invoquèrent que le Prophète a déclaré au sujet de « mahdi » que « le nom de son père coïn-

---

(1) Voir Mossadegh, *Le Testament en droit musulman*, p. 39. Paris, 1914.



cide avec celui de mon père ». Or, disent les sunnites, le nom du père du 12<sup>e</sup> Ismâm chiite ne fut plus « abdullah », nom du père du Prophète, mais était « Hassan ».

Les chiites répondent qu'il y a ici une corruption dans l'écriture. Le Prophète selon les chiites aurait déclaré : « le nom de son père coïncide avec celui de mon fils. »

Au lieu du mot « ibni » (mon fils), le copiste a marqué le mot « abi » (mon père). En disant mon fils le Prophète, disent les chiites, voulait désigner son petit-fils « Hassan » ; car il n'y a pas de doute que la désignation du petit-fils par fils est très courante et ne se prête à aucune difficulté (1).

La théorie de « Mahdi » loin d'être une fantaisie mythologique, est au contraire un dogme religieux de la doctrine chiite ; et quoique les sunnites eux-mêmes ne soient pas loin d'avoir des idées messianiques fantasques, chez eux cette croyance n'est pas élevée à la hauteur d'un dogme.

A part ces points de divergence, on peut dire que, d'une façon générale, les chiites ont dans le domaine religieux un esprit plus libéral, tandis que les sunnites s'attachent beaucoup plus à la lettre. Le libéralisme d'une part et le rigorisme de l'autre ne sont pas restés dans les deux camps adverses dans la limite de la modération. Dans l'une et dans l'autre sectes, les extrémistes ont tiré de ces deux tendances, des conséquences absurdes. De sorte que le libéralisme a donné lieu à des exaltations d'esprit et le puritanisme a créé un véritable esclavage envers les textes.

En dehors des différences doctrinales dans l'ordre religieux, il y a dans le domaine juridique, deux grandes différences entre les deux sectes en ce qui concerne la théorie de la source du droit :

1<sup>o</sup> Sur la tradition « le sunnat » et le consensus juridique « idjmâ ». Théoriquement les chiites et les sunnites admettent l'une et l'autre de ces deux sources ; mais la valeur de chacune est différente chez les uns et les autres.

a) En ce qui concerne la tradition, tandis que les sunnites entendent par sunnat, les faits et les actes, les approbations ou les désapprobations du Prophète, les chiites au contraire l'étendent non seulement aux faits et aux actes du Prophète, mais aussi à ceux des 12 Imams, successeurs légitimes du Prophète.

---

(1) Voir Golâziher, *op. cit.*, p. 188, n. n<sup>o</sup> 96, ch. V.

Nous avons eu l'occasion de parler plus haut de l'importance que les traditions et les décrets des Imâms ont pour les chiïtes. Ces décrets, connus sous le nom de « tawâgo'al Aem'ma » (les décrets des Imâms) sont sur le pied d'égalité avec les traditions du Prophète lui-même.

Et en tant que source de droit, ils viennent donc tout de suite après le Coran ; ils ont donc le pas sur le consensus juridique. Nous voyons alors quelle étendue peut avoir la tradition pour les chiïtes. Cette étendue est inconnue aux sunnites.

La ressemblance entre le mot « sunnat » (tradition) et le mot « sunnite » (la secte sunnite) a provoqué dans l'esprit de certains auteurs une confusion qui doit être écartée.

Les auteurs ont pensé que la dénomination des sunnites vient du fait que ceux-ci acceptent seuls le sunnat (tradition) comme une source de droit, alors que les chiïtes ne l'acceptent plus.

Or, il n'en est rien et la terminologie de la secte sunnite ne veut indiquer nullement la négation par les chiïtes de la tradition et l'acceptation de cette tradition par les sunnites seuls. Tout au contraire, la tradition (nous venons de le voir) est reconnue comme source de droit d'une façon beaucoup plus large chez les chiïtes que chez les sunnites.

b) En ce qui concerne le consensus juridique, ou l'opinion unanime des jurisconsultes, il y a deux remarques à faire :

1° La première tend à rendre au consensus une valeur beaucoup plus considérable chez les sunnites que chez les chiïtes. Si les chiïtes connaissent en principe le consensus, c'est dans la mesure où cette opinion unanime n'empiète pas sur les décrets et les jugements rendus par les Imâms. Cette opinion unanime a toute sa valeur appréciable tant qu'il n'y a pas une décision péremptoire prise par l'Imâm dans une question juridique. Mais dès qu'il y a une décision de cette autorité dont la valeur prime celle de l'opinion, celle-ci est complètement dépourvue de tout crédit. D'ailleurs, historiquement, l'erreur de l'opinion de la communauté est établie aux yeux des chiïtes. La communauté a décidé la succession de Abou-Baker, tandis que le Khalâfat revenait en toute justice à Ali ; cela prouve donc que le consensus n'est pas toujours préservé de l'erreur.

Pour les sunnites au contraire, le consensus a une valeur irréfragable. Après le Coran et la tradition c'est le consensus qui prime tout parmi les sources du droit. On peut, en un mot,

dire que tandis que chez les chiites le consensus est conditionnel et limité, chez les sunnites au contraire il est inconditionnel et général.

2° La deuxième remarque sur le consensus est (toujours au point de vue de sa valeur intrinsèque) dans le sens diamétralement opposé de la première. Tandis que sur le premier point ce sont les chiites qui tendent à limiter la valeur de consensus, sur le second point ce sont les sunnites qui tâchent de restreindre ses effets dans le temps. C'est que l'opinion unanime pour les sunnites n'est la source du droit qu'autant qu'elle est prononcée dans les 3 générations qui ont suivi celle du Prophète. C'est ce qu'on appelle chez les sunnites la fermeture de la porte de l'effort juridique. Cette délimitation n'existe pas pour les chiites. Nous avons fait plus haut allusion aux explications de Sawas Pacha qui envisage d'une autre manière le principe de la « fermeture » et essaie d'établir la façon dont on doit selon lui interpréter ce principe (1).

II° La deuxième différence dans le domaine juridique se rapporte à la quatrième source du droit qui n'est pas seulement une divergence qualitative ou quantitative mais une divergence rationnelle.

Les sunnites admettent pour quatrième source de droit l'analogie légale (Ghiàs) tandis que les chiites admettent la raison humaine (Agl.) (2).

A part ces différences de principe dont la liste n'est pas d'ailleurs complètement épuisée, il existe un certain nombre de divergences d'ordre secondaire, divergences qu'on peut réduire au nombre de 17. Ces divergences sont au point de vue doctrinal complètement insignifiantes. Nous voulons dire par là que ce ne sont pas ces divergences qui ont engendré le sectionnement de l'Islamisme en deux camps opposés ; car de telles divergences existent même à l'intérieur de la secte sunnite, d'un rite à l'autre. Et même, comme nous avons eu l'occasion de le souligner plus haut, il y a des cas où certains rites orthodoxes tombent d'accord

---

(1) Voir Sawas Pacha, *La Théorie du droit musulman*, t. I, ch. I, *Notions historiques*, pp. 138 ss.

(2) Pour plus de détails sur l'analogie légale, voir Sawas Pacha, pp. 291 et suiv. : *Théorie du Droit Musulman*, t. II, Paris, 1898. De même, voir Léon Gauthier, *Ibn Rochd*. En ce qui concerne la raison humaine, voir Mossadeg, *Le Testament en droit musulman*, pp. 36 et suiv.

avec les chiites sur la solution d'une question tandis qu'ils sont en désaccord entre eux-mêmes.

Pour donner l'exemple des divergences secondaires qui existent entre les deux sectes, nous citons au hasard la question de Mot'a « mariage limité dans le temps » admis en principe chez les chiites et interdit chez les sunnites. Ce genre d'union était licite avant le deuxième Calife Omar. Celui-ci jugea opportun de l'interdire. Cette interdiction émanant d'une autorité légalement contestable et religieusement inadmissible pour les chiites, ceux-ci n'ont pas cru se trouver dans l'obligation d'admettre cette réforme, néanmoins socialement désirable. Car il fallait d'après les chiites que cette mesure législative émane d'une autorité compétente et ce n'était pas d'après eux le cas.

Une autre différence assez compliquée en matière de succession, et que nous aurons plus loin l'occasion de développer est connue en droit sous le nom de « al awl » et « ta'sib ». Tout détail en ce lieu est superflu et nous réservons nos explications à leur lieu et place.

### III. CONCLUSION

Nous terminons ainsi le bref exposé de l'Islam chiite et ses points de divergence avec l'Islam sunnite. Nous ne dépasserons sûrement pas les prémices si nous déclarons à titre de conclusion que l'Islam a très peu changé, avec l'invasion arabe, le fond de l'esprit persan. Ce n'était pas la première fois (et ce ne fut malheureusement pas non plus la dernière fois) que la Perse était envahie par l'agresseur étranger. L'histoire de la Perse est, hélas, pleine d'aventures. Mais le fait remarquable dans tout le long de cette histoire, est que, à chaque invasion, la Perse a pu pleinement absorber l'envahisseur. Qu'il s'agisse des guerres helléniques et de la conquête d'Alexandre au sujet desquelles M. Darmesteter dit que Alexandre « a persisé la Grèce sans helléniser la Perse » (1) ; qu'il s'agisse avec plus de 1.500 ans d'intervalle, de la domination des turcs, des tartares et des mongols qui, avec les Saldjoucides, Tchenguis et Tamerlan, ont mis près de 3 siècles le pays sous la terreur, mais qui, selon l'expres-

---

(1) J. Darmesteter, *Coup d'œil sur l'histoire de la Perse*. Leçon d'ouverture du cours de langues et littérature de la Perse, faite au Collège de France, le 16 avril 1885. Paris, E. Leroux, éditeur.



sion de M. Darmesteter, les barbares ne sont pas restés moins sous l'effet de « l'admiration béate des choses de l'esprit » (1) ; la Perse a pu imposer son ascendant aux envahisseurs et les absorber complètement. Il en fut de même pour la domination arabe.

Au lendemain d'une civilisation très développée, et après la bataille de Nahāvand, l'Empire Sassanide tomba à la suite d'une lente et longue décadence, entre les mains des Arabes.

« La période sassanide, dit J. Darmesteter, est pour l'histoire, la plus importante des périodes anciennes... Cette période n'est point importante pour l'histoire de la Perse seule, mais pour celle du monde. Jamais le rêve d'Alexandre ne fut plus près de se réaliser ; jamais la pénétration morale de l'Orient et de l'Occident ne fut plus complète et c'est la Perse qui fut le centre où tout aboutissait et d'où tout partait. D'une part, elle envoie le manichéisme coloniser le christianisme d'Occident, d'autre part, elle reçoit elle-même de Byzance, tantôt avec le nestorianisme exilé, tantôt avec les derniers platoniciens chassé par l'orthodoxe justinien, le germe de la philosophie et des sciences grecques qui, stérile sous Alexandre et les Parthes, fructifiera sous les derniers Chosroés et s'épanouira plus tard dans la philosophie arabe... Placé au centre des trois grands empires du temps, Byzance, la Chine et l'Inde, l'Empire sassanide sera pendant quatre siècles le point d'échange de l'esprit humain ; par lui se fera dans l'humanité un essai d'unité latente ; cet équilibre de l'humanité ne se reverra plus » (pp. 29 et suiv.).

Devant la grandeur de cette civilisation l'Islam, quoique vainqueur en apparence, ne résiste plus.

« Pourtant, dit Darmesteter plus loin, si l'on regarde de près on voit que l'élément national a disparu de la surface plus que du fond et que la Perse, en acceptant l'étranger, l'a transformé plus qu'elle ne s'est transformée elle-même, qu'elle a adapté sa vie et sa foi nouvelle aux habitudes et aux traditions héréditaires et que ce n'est pas sans raison que pour la masse du monde musulman la Perse est hors d'Islam.

C'est qu'en effet l'Islam de la Perse n'est point l'Islām ; c'est la vieille religion de la Perse, encadrée de formules musulmanes.... » (2).

(1) Darmesteter, *op. cit.*, p. 49.

(2) Darmesteter, *op. cit.*, p. 36.

« La réaction alla plus loin encore et les principes de théologie politique qui avaient dominé la Perse ancienne revinrent, presque au lendemain de la ruine nationale, affirmer leur empire. Dans la théorie perse, le pouvoir appartenait, au roi Fils de Dieu, investi par son origine supra-terrestre de la gloire divine, du *Farri Yazdàn*. A la faveur des révolutions politiques, la Perse reporta sur la tête de l'arabe Ali, l'héritier légitime de Mahomed, exclu du Califat, toutes les splendeurs et les saintetés de la vieille royauté nationale. Celui qu'elle appelait autrefois dans ses protocoles *shàh bagi minocitr* « le roi divin, fils du ciel », et dans ses livres sacrés *Ahu rotuca*, « Le Seigneur et Guide », seigneur dans l'ordre du monde, guide dans l'ordre de l'esprit, elle l'appela à présent d'un mot arabe, Imàm, « le chef », le titre le plus simple qu'il fût possible d'imaginer et en même temps le plus auguste, car toutes les souverainetés du monde et de l'esprit y étaient contenues. En regard des Califs, élevés par la clameur aveugle des masses, par l'intrigue et le crime, elle élève le droit héréditaire de l'Imàm Ali infaillible et sacré de Dieu. A sa mort, elle se pressa autour de ses deux fils, Hassan et Hussein, puis de leurs descendants : Hussein avait épousé une fille du dernier roi sassanide, de sorte que l'imàmât était fixé dans son sang par double droit divin, et l'union de la Perse ancienne et de l'islamisme à la façon persane, se trouva scellée dans le sang de Hussein aux plaines de Kerbelà.

La révolution qui renversa les usurpations oméiades au profit des abbasides, neveux du Prophète, est l'œuvre de la Perse ; si elle ne fait pas arriver au pouvoir la famille favorite, pour qui elle a cru combattre, elle fait du moins triompher son principe. Un instant sous Mamoun, c'est le représentant même du principe qui semble près de triompher par l'abdication du Calif, en faveur d'un héritier d'Ali (1). Les premiers Abbasides, élevés au trône par la Perse... s'entourent des persans ; leurs premiers ministres, les Barmécides, sont suspects d'être encore de cœur avec la religion de Zoroastre.

Les jours de Chosroés reviennent : la tradition hellénique jadis apportée à Ktesiphon par les nestoriens et les néo-platoniciens, se renoue avec éclat après deux siècles d'interruption. La philo-

---

(1) Il s'agit d'Ali Ridà, 8<sup>e</sup> Imàn chiite, auquel ma'moun a donné sa fille en épouse.

sophie grecque fait retentir les échos du palais de Baghdad comme jadis sous Anochervân, ceux du palais de Ktesiphon.

Ainsi commence ce qu'on a bien voulu appeler la philosophie arabe et qu'il vaudrait mieux, selon l'expression de M. Renan (L'Islamisme et la science, 1883) appeler « greco-sassanide ».

Philosophie, histoire, géographie, grammaire, dans tous les genres sauf la poésie, la plupart des grands écrivains de la belle période arabe sont des persans, les Abbassides sont de véritables sassanides, de sang arabe » (1).

Ainsi, la Perse a pu après cette horrible aventure réunir ses éléments et dominer spirituellement le sort de ses conquérants. Quoique sincère dans sa religion la Perse l'a colorée de son esprit et dressé à sa façon les lois qui étaient destinées à diriger sa foi.

Mais malgré que l'Islam est pour la Perse, à la suite des changements intervenus, une religion locale et non pas un apport étranger ; il faut concéder néanmoins qu'au point de vue social le seul culte qui convient aujourd'hui à nos sentiments élevés, est le culte de grandeur des peuples dans la voie de la perfection sociale. C'est ce culte qui doit remplir nos cœurs et former la foi intime de nos âmes. C'est alors seulement que nos diverses institutions sociales, religieuses ou autres pourront se glorifier dans leur heureux développement et se voir en état de parfaite fleuraison. La religion de la jeunesse d'aujourd'hui ne peut donc être autre chose que *la vertu d'un patriotisme humain*.

---

(1) Darmesteter, *op. cit.*, pp. 40 ss.

---





## CHAPITRE II

# Origine historique de la succession et son fondement économique

---

### PREMIÈRE PARTIE

#### ORIGINE HISTORIQUE

L'étude de l'origine de la succession dans les diverses civilisations auxquelles l'histoire a donné naissance est d'un intérêt indiscutable. Mais quel que soit l'intérêt que comporte cette étude, il serait peu utile de lui consacrer une trop large place dans un travail tel que le nôtre.

Aussi, si à cet endroit nous faisons allusion aux origines de la succession romaine et germanique, c'est uniquement en tant que base de comparaison avec la succession du droit islamique. Cette comparaison d'ailleurs ne sera qu'un simple rappel.

#### *La succession romaine*

Avant la loi des douze tables, il semble que la succession romaine n'était pas légalement réglementée.

La réglementation *ab intesta* et testamentaire de la succession est de date ultérieure (1).

Mais à Rome, comme on pouvait s'y attendre d'une société organisée, le citoyen romain, homme sociable, ayant conscience de ses droits aussi bien que de ses devoirs, voulait organiser les événements de sa vie selon son entendement. Les faits qui tou-

---

(1) Charles Jacot, *Essai critique sur les bases philosophiques du droit de tester et de la succession ab intesta*, Cernier, 1899, pp. 33 ss.

chent de près sa vie l'intéressent particulièrement et il veut avoir sur ces faits un ascendant direct.

D'autre part, il tient non seulement à la satisfaction de son bien-être personnel, mais aussi de ses proches : et il veut le garantir encore selon son entendement. Il veut assurer le bonheur de ses enfants par les mêmes moyens qui assureraient son propre bonheur. C'est un fait psychologique tout naturel que de concevoir le bonheur d'autrui selon la notion du bonheur qu'on s'est faite pour soi-même. Un homme, par exemple, qui a le goût de la fortune et dont le bonheur consiste dans l'accaparement de la fortune, préconisera probablement les mêmes moyens pour le bonheur de ses enfants. Au contraire un savant auquel le goût de la lecture a procuré des instants de délices, préconisera, selon toutes probabilités, pour le bonheur de ceux qui tiennent la première place dans son affection, des moyens analogues.

Sous réserves de cette relativité de la notion du bonheur qui, étant subjective, ne peut avoir de contenu absolu, chacun veut se procurer et procurer aux êtres qu'il aime le bonheur tel qu'il l'entend. Ceci entraîne pour l'homme le désir de régler aussi l'avenir de sa fortune. Il veut prémunir ses enfants contre les catastrophes que pourraient leur susciter tant de troubles et de tourments, si une prévoyance paternelle ne venait à temps soulager leur sort et obvier aux évènements malencontreux. C'est ainsi que surgit chez l'homme la volonté d'ailleurs naturelle d'élever la voix au-delà même de la tombe, pour régler le sort de ce qu'il possédait au profit de ceux qu'il aimait ou estimait. M. Charles Jacot appelle ce désir la volonté de continuer après sa mort son action dans ce monde (1).

Or ce désir n'était guère réalisable à Rome, où l'Etat éliminait l'individu. Mais ici intervint le génie calculateur de l'homme. L'homme dans la société crée pour lui-même des sanctions. Il fait dresser des barrières à ses passions et à ses désirs. Il fait tout cela pour mieux réglementer la vie sociale. Mais après avoir tout fait pour ériger ces sanctions, l'homme qui sous l'effet de la réglementation est devenu plus subtil et plus délicat, s'évertue à briser les liens qui l'enserrent pour exercer de

---

(1) Charles Jacot, *op. cit.*, p. 35.

nouveau les mêmes passions, débarrassées cette fois des venins dangereux.

Voilà ce qui s'est passé à Rome. Le romain qui avait le vif désir de prononcer sa volonté et de la faire régner après sa mort, trouvant la route barrée par l'Etat, émanation de tous les pouvoirs et détenteur de tous les droits, inventa le procédé de la subrogation.

Tout au début, le testament romain a un caractère public en ce sens qu'il se fait en présence des comices assemblés ou de l'armée réunie, « *testamentum colatis comitis* ». La raison de ceci est à chercher dans le fait qu'à Rome c'est l'Etat qui est détenteur de tous les droits et que si les particuliers en ont l'exercice, c'est en réalité à titre de délégation. Les comices ou l'armée, en tant que représentants de l' « opinion publique », exerçaient un contrôle non pas fictif mais effectif, par une contrainte morale qui empêchait le testateur de dicter des « dispositions contraires à l'usage général » (1).

Il serait trop long d'examiner comment ces réunions populaires — qui devenaient de moins en moins possibles en raison du nombre grandissant des testateurs et aussi en raison d'autres complications que comportait le développement de la vie sociale — cédèrent la place à la simple présence de cinq témoins dans le « *testamentum per aes et libram* », personnages qui au début jouaient un rôle effectif, mais qui plus tard devinrent, selon l'expression de M. Jacot, « de simples figurants de cette pièce à l'intrigue de laquelle ils ne se mêlent plus » (2).

Il serait trop long également de dresser les phases complétives de l'évolution du testament romain et d'étudier les différentes lois qui s'installaient dans la société, à mesure que le besoin s'en faisait sentir, c'est-à-dire à mesure que la décadence du caractère romain primitif nécessitait la mise en vigueur de sanctions que le romain vertueux du début ne connaissait point. Cette société qui n'était au commencement que l'assemblée d'hommes vertueux chez qui la haute qualité morale dominait la perversion avilissante des forces animales, se trouve avec le temps envahie par une foule écrasante de déchets de toute sorte. Quoi d'éton-

---

(1) Charles Jacot, *op. cit.*, p. 34.

(2) *Ibid.*, p. 38.

nant alors à ce que, la morale sociale une fois éliminée et les vénérables usages antiques abandonnés, les mœurs soient tombées dans les plaisirs les plus extravagants et les plus éhontés ! Il fallait mettre un frein à cette action d'auto-destruction morale.

Le rêve plein de douceur de la Rome antique s'étant évanoui et la société romaine ne se maintenant plus avec les anciens préceptes désormais ridiculisés, c'est le législateur romain qu, par une série de lois, essaie de rétablir l'ordre dans ce chaos et de réglementer le testament.

Nous n'avons pas en vue de suivre les vicissitudes des phases légales du testament romain. Nous nous contentons donc de rappeler sommairement les points de départ et d'arrivée du testament romain, exposés par l'auteur précité.

A l'origine, le testament était une véritable loi. Plus tard, différentes raisons changèrent cet aspect primitif et le peuple accorda aux particuliers le droit de s'ériger en législateur. Evidemment l'Etat, au début de cette concession, édicte des prescriptions qu'il n'est pas permis au testateur d'enfreindre. Mais le point caractéristique de cette législation, c'est la volonté presque libre du testateur. Ce n'est que plus tard, avec la décadence des mœurs, que nous assistons à l'introduction de nouvelles lois, restreignant de plus en plus la sphère de la volonté.

Le but et la raison d'être de l'institution testamentaire fut donc le désir du romain de se désigner un représentant sur la terre qui, après sa mort, immortaliserait son âme et continuerait en même temps son culte des Mânes.

Mais dans la succession romaine, il n'y a pas seulement le testament à étudier, il y a aussi la désignation d'un héritier par la loi générale qui suppléait à la loi spéciale (testament), au cas où le défunt ne désignait pas son successeur. Ce sont le « *suus* », les « *agnats* », les « *gentilles* » qui constituent les successeurs *ab intestat* du droit romain.

Qu'il nous suffise encore de constater en passant à ce sujet que les dispositions légales ayant pour but de protéger les droits méconnus des héritiers du *de cuius*, l'établissement de « *portio legitima* » et l'action correspondante « *querela inofficiosi testamenti* » ainsi que toutes les autres réglementations en cette manière, n'ont pénétré dans le droit romain qu'au fur et à mesure



que la liberté du tester donnait lieu à des abus que le législateur romain ne pouvait négliger.

Voilà, dans leur ensemble, les constatations très succinctes qu'on peut faire en cette matière.

### *La succession germanique*

Si nous passons maintenant à l'étude du droit successoral germanique, nous remarquons tout de suite le changement frappant des éléments constitutifs de la succession entre les deux groupes humains.

De la vie intense de Rome, fortement disciplinée dès sa naissance, nous passons à la vie rustique des Germains, avec tous les éléments qu'elle comporte : chasse et pâturages. Une législation savante, consécration de la vie disciplinée romaine, serait incohérente en face des coutumes nomades germaniques, fort simples et sans ambages, qui avant de s'ériger en textes de lois, doivent nécessairement passer par toutes les phases d'une longue évolution.

Au début, dès qu'on peut examiner les choses à la lumière des connaissances historiques, on constate que les Germains n'avaient pas une conception nette de la succession. Même plus tard, lorsque la vie errante et nomade eut pris fin chez eux, à l'époque où on commençait à attribuer de la valeur à la terre, la propriété privée leur était inconnue. La terre était un bien commun. Il fallait la défricher dans l'intérêt général.

C'étaient les magistrats et les princes (1) qui, annuellement, répartissaient la terre entre les citoyens en vue de sa mise en valeur au profit de la collectivité. Nécessairement, c'était aux hommes les plus forts qu'il fallait confier la tâche.

Ce n'est que plus tard, lorsque, de guerriers ambulants qu'ils étaient au début, ils devinrent des cultivateurs sédentaires, que les Germains ont eu cet instinct et ce besoin naturel d'être installés définitivement sur la terre et de se préserver aussi contre les intempéries. Le Germain connaît maintenant avec netteté la propriété privée. Les accessoires de la terre, meubles et bestiaux, révèlent aux imaginations des aspects jusque-là complètement ignorés.

---

(1) Ch. Jacot, *op. cit.*, p. 91.

D'autre part, ce n'est que le sexe fort qui peut, dans toutes ces étapes remplir utilement la tâche posée. Plus fort en tant que guerrier, plus habile en tant que défricheur de la richesse collective, il est enfin plus stable en tant que fondateur de la famille. Car la femme est destinée à passer du foyer paternel sous le toit marital. De là une nouvelle constatation, résultat très compréhensible de la dépendance des lois sociales au développement des mœurs et des coutumes populaires. Nous remarquons dans les premières lois successorales germaniques une priorité du mâle devant la femme. L'homme étant le noyau le plus sûr du foyer et le gardien le plus fort des intérêts collectifs, c'est entre ses mains plutôt qu'entre celles de la femme que doit être déposée la richesse. Ce n'est que plus tard, avec l'adoption plus complète de l'esprit romain, que s'établit l'égalité des sexes.

Dans l'intérêt de la préservation de la famille, la loi remet les armes à celui seul des héritiers qui hérite de la terre, c'est-à-dire en somme à celui qui est chargé de perpétuer la mémoire du défunt, de défendre les biens et les intérêts de la famille, de sauvegarder la paix, la sécurité et l'harmonie au sein même du foyer. Toutefois, même après que la notion de la succession fut comprise par les Germains, sa conception fut différente de celle des Romains. Le testament n'avait pas la même destination chez les deux peuples. A Rome, ce qui comptait pour le citoyen, c'était la réalisation de sa dernière volonté par un acte auquel le respect de son exécution donnait force de loi. Rien de pareil chez le Germain qui vit la vie paisible de la famille et qui ne conçoit pas encore les mêlées de la Cité. Au début, il ne connaissait même par le testament. Plus tard, alors que le droit germanique se transformait déjà dans son essence au contact du droit romain, le testament n'était encore qu'une sorte de donation entre vifs, à laquelle manquait la faculté de choisir librement le donataire.

Les Germains ne pouvaient pas concevoir le caractère révocable du testament romain. Car ce caractère était basé sur l'idée purement romaine de la continuation de la volonté. Les Germains qui pratiquaient la co-propriété familiale et qui ne comprenaient pas la continuation de la volonté du *de cujus*, ne pouvaient donner à plus forte raison un effet quelconque à cette volonté, une fois la personne disparue. Donc le testament, étant aux yeux des Germains une donation entre vifs, devait nécessai-

rement être irrévocable. « Il a fallu du temps, dit Fildermann, pour que la rectification se fit et que l'on conçût le testament comme un acte révocable » (1).

Enfin, tandis qu'à Rome le but du testateur était l'institution d'un héritier par le moyen du testament, loi de l'exécution de ses dernières volontés, le Germain, lui, « n'avait point qualité de désigner un successeur *in personam* » (2).

En ce qui concerne la succession « *ab intesta* » germanique, il semble qu'à l'origine, la maternité étant le seul lien familial, l'hérédité ait été institué en faveur de la parenté matriarcale. Ce n'est que quand les rapports sexuels cessèrent d'être un jeu du hasard, après l'introduction d'une réglementation plus serrée des liens du mariage, qu'apparait la parenté paternelle et avec elle la priorité en matière successorale de la lignée paternelle.

Telles sont les constatations les plus générales que la législation germanique de la succession offre aux yeux de l'observateur.

Evidemment, au cours des temps, les lois les plus diverses se suivirent et donnèrent naissance à des périodes nettement différentes qui ouvrent chez les Germains des régimes opposés.

Le degré de la parenté, le sort de chaque héritier, la nature de l'héritage subirent tour à tour les modalités les plus diverses.

Mais ce qui nous intéresse ici, ce ne sont plus les différentes modalités qui sont la conséquence inévitable de tout principe de législation une fois admis. C'est plutôt l'esprit dans lequel la législation en question a pris naissance, et dans lequel elle grandit en se compliquant, qui doit attirer notre attention.

### *Comparaison des deux législations*

Si on veut établir une comparaison entre ces deux législations, on constate qu'en droit romain la succession est la transmission de la personnalité du *de cuius* à son successeur. Comme on l'a dit, « une personne revêt la peau d'une autre. » Donc, l'héritier est le continuateur de la personne du défunt.

En droit germanique au contraire, l'héritier est un membre de la communauté et c'est à ce titre qu'il a un droit sur le patrimoine collectif. Le fait de son entrée dans la famille lui donne le caractère d'héritier. Ce n'est pas par la volonté du défunt ou

---

(1) Fildermann, *Les successions en droit comparé*, Paris, 1909, p. 79.

(2) Jacot, *op. cit.*, p. 76.

par la présomption de cette volonté qu'il hérite, mais par un droit préalablement assuré par sa participation à la collectivité familiale. C'est pour cette raison que le testament n'a pas de sens pour le Germain et c'est aussi pour cette raison que l'héritier n'est pas tenu des dettes du *de cuius* « *ultra vires* ».

Une autre différence qui découle de la première, c'est qu'en droit germanique la transmission des biens se fait *ipso jure* car cette transmission n'est pas le résultat de l'acquisition d'un droit nouveau, mais « la réalisation actuelle d'un droit de propriété existe en soi et dont l'héritier a fait l'acquisition dans un temps antérieur » (1).

On a désigné ce fait par l'adage « le mort saisit le vif ».

A Rome au contraire, l'héritier acquiert par « addition » (2).

### *La succession islamique*

Sur cette ébauche, on peut baser la comparaison des éléments constitutifs de la succession islamique avec les deux législations précédentes.

Quelques disparates que soient les données de cette comparaison, on peut néanmoins indiquer avec assez de certitude vers laquelle de ces deux législations la succession islamique a tendance à se pencher.

Nous n'avons pour cela qu'à dresser en termes brefs les caractères de la société arabe pré-islamique, pour comprendre tout de suite que s'il existe une ressemblance quelconque entre la succession islamique et les deux législations précédentes, c'est plutôt avec celle des germains qu'avec celle des romains que cette ressemblance doit être recherchée.

D'autre part on conçoit facilement combien des causes communes donnent lieu, même si elles s'appliquent sur des terrains entièrement différents, à des effets communs.

Ni la race, ni la situation géographique et continentale ne laissent prévoir un rapprochement quelconque entre les deux institutions arabe et germanique. Etant donné les tempéraments différents des arabes et des germains, cette institution est chez les premiers la consécration d'un caractère vif et brusque, et elle

---

(1) Fildermann, *op. cit.*, p. 77.

(2) Pour plus de détails, cf. Fildermann, *op. cit.*



est marquée par conséquent d'une dureté particulière ; chez les seconds, par contre, tout en portant la marque d'un état guerrier nécessitant l'élimination de la classe faible, elle est néanmoins mieux adaptée à l'ordre social régnant. Mais malgré ces différences, les deux institutions dans les deux sociétés présentent de nombreux points communs, si même ce n'est que dans leurs traits les plus généreux et les plus élémentaires.

La société arabe pré-islamique ne représente pas un État organisé, fort et doué d'un pouvoir central dirigeant les affaires de la péninsule. C'est au contraire la réunion sur un même territoire d'un certain nombre de tribus nomades, dont la guerre est l'occupation normale et le pillage la source intarissable de moyens d'existence. Certaines agglomérations apparaissent, ayant une occupation plus honnête et même plus lucrative. Grâce au commerce et aux voyages, ces contrées se trouvent en contact avec des idées plus avancées et des conceptions plus larges de la vie. Et c'est de ces milieux prospères et avancés que vint l'homme qui fut appelé plus tard à donner à l'Arabie sa réputation mondiale. Mais ces rares agglomérations parmi tant d'autres différentes, étaient insuffisantes pour changer la face de la vie guerrière de ce petit continent désertique. Aussi les liens qui attachent entre eux les membres de ces groupements guerriers, s'ils sont capables de consolider les rapports d'une même collectivité, sont tout à fait incapables de mettre fin à la rivalité des concurrents.

Dans des conditions pareilles, le point qui importe et autour duquel convergent tous les intérêts du groupe, c'est d'avoir les moyens les plus efficaces pour dominer l'adversaire, c'est d'avoir les bras les plus solides pour mieux manier l'arme et intimider l'ennemi.

Mais puisque ces groupements sont des groupements guerriers et par conséquent ambulants, le sol pour eux ne constitue pas un élément de la richesse. La richesse est collective. Ce sont tout au plus les parures ou les armes dont le défunt avait l'habitude de se servir qui pouvaient être transmises au fils aîné. Et cela seulement quand dans la société arabe le patriarcat eut succédé au matriarcat.

Car certains auteurs ont pensé pouvoir établir la pratique du matriarcat dans la société arabe pré-islamique (1).

---

(1) Demombyne, *Les institutions musulmanes*, Paris, 1921, p. 114, E. Flammarion, éd.

Dans une thèse intitulée « la succession en droit musulman », l'auteur, M. Boulos, pense que la pratique du matriarcat, étant d'après lui un signe d'immoralité sociale, les arabes ne se sont jamais laissé choir dans un tel état d'avilissement. Ce serait là plutôt, suivant l'auteur, la caractéristique de la société iranienne pré-islamique, société qui donnait libre cours à ce genre de pratique (1).

Ce n'est pas l'avis de nombreux auteurs qui ont étudié la question à fond. D'ailleurs dans toutes les sociétés primitives organisées, dès que la famille a commencé à se baser sur certains principes, la notion du mariage entre l'homme et la femme telle que nous l'entendons aujourd'hui ne se concevait pas. Le lien de parenté n'attachait l'enfant qu'à la famille de sa mère. Nous n'avons pas pour l'instant l'intention de nous appesantir sur l'organisation des sociétés primitives, que nous aurons l'occasion de rencontrer par ailleurs. Il suffit de rappeler en cet endroit que loin de pouvoir attribuer la pratique du matriarcat à la démoralisation sociale des anciens groupements, il faut considérer cette institution en quelque sorte comme le marchepied de cette autre institution qui fait du père le point central de nos familles actuelles. Il suffit pour s'en persuader de se référer aux multiples

---

(1) Ce n'est certes pas l'endroit d'épiloguer sur certaines affirmations, ni de lancer sous bénéfice d'inventaire certaines assertions. Il n'est pas moins vrai cependant que la véhémence en matière scientifique, contrairement à ce qu'on peut penser, amoindrit sensiblement la foi des observateurs. Ici plus que nulle part ailleurs, il est juste de dire qu'on a tort lorsqu'on se fâche dans la discussion. Il n'est pas défendu de soutenir ou de réfuter une chose avec enthousiasme. Surtout lorsqu'on est jeune, on est en droit d'être quelque peu tapageux. Clémenceau n'a-t-il pas dit lui-même : « J'ai pitié pour les gens qui ne sont pas révolutionnaires à l'âge de vingt ans. » Mais encore faut-il d'abord avoir vingt ans, ce qui, hélas, n'arrive pas souvent, et ensuite bien discerner la critique d'humeur de celle de rancune.

A part ce genre de manifestations qui, comme nous le disions, sont l'apanage de la jeunesse, on remarque avec plus de surprise des critiques acerbes chez de grands savants et écrivains, inspirés par la différence de races ou d'autres considérations analogues. Mais le fait de leur parti-pris diminue considérablement l'autorité de leurs constatations. Quant à nous, la parole du grand philosophe Ibn Rochd indique notre attitude : « Ce que nos prédécesseurs ont dit de vrai, nous l'acceptons avec joie et reconnaissance ; quant aux erreurs qu'ils ont pu commettre, nous les signalons pour qu'on s'en garde, tout en les excusant. » — Cf., Léon Gauthier, *La théorie d'Ibn Rochd*, p. 182.

témoignages des traités sur l'organisation sociale des hommes primitifs, témoignages sortant aujourd'hui des cadres de pure imagination pour se baser sur les données de la science sociologique.

Donc, si on établit scientifiquement qu'en Arabie — tout comme dans d'autres agglomérations humaines à leur phase d'enfance — le matriarcat était en vigueur, on ne pourrait nullement admettre que cette pratique marquait l'immoralité de la société arabe. Les sociétés totémiques où les groupements se font sur des bases beaucoup plus larges que la famille contemporaine et où le matriarcat se pratique à l'intérieur des clans n'ont pour cela rien d'immoral. Tout ce qu'on peut prétendre, c'est que ces sociétés n'avaient pas acquis ou n'ont pas encore acquis le degré de civilisation de l'époque.

Or, il n'y a pas de doute que la société arabe pré-islamique était fort peu avancée par rapport à la civilisation d'autres milieux de la même époque et qu'à ce titre elle traversait encore sa phase d'enfance. Il n'est pas étonnant dès lors de rencontrer dans une telle société les symptômes qui concourent à la pratique du matriarcat ou de telles autres institutions en rapport avec le stade de sa civilisation.

D'autre part quelle erreur grossière que d'assimiler le matriarcat qui a une tout autre base et qui est inspiré d'un tout autre esprit, à cette autre doctrine qui à travers des dogmes religieux ou de tous autres dogmes, prêche la liberté de l'union sous toutes ses formes et entre toutes personnes sans aucun égard au degré de parenté : « la communauté des femmes. » Vouloir donner à ces deux choses une interprétation commune et une même portée, c'est commettre un acte de promiscuité dans l'ordre des pensées ; c'est de l'esprit simpliste. Dans les sociétés les plus avancées, arrivées au plus haut degré de la civilisation, et se basant par conséquent sur une conception morale de la famille, on peut voir à tout moment une partie de l'opinion soutenir l'idée de la communauté des femmes ou de la communauté des biens ou toutes autres doctrines sociales, sans qu'on puisse accuser ces esprits et encore moins ces sociétés d'être dans un état arriéré de civilisation.

Une société civilisée se reconnaît justement à la diversité des pensées qui s'y aperçoivent, sans que les unes éliminent les

autres. Elles se complètent au contraire pour donner enfin naissance aux courants de l'évolution sociale.

Les doctrines comme celle de la communauté des biens, ou d'autres, n'ont pas manqué d'apparaître au cours de l'histoire. Ce sont justement les milieux les plus avancés et les sociétés les plus civilisées, ayant déjà parcouru les étapes qui restent à parcourir par d'autres, — ce sont les organisations sociales fortement constituées, où la pensée humaine, à la suite d'une liberté socialement organisée a reçu le plus large développement — ce sont ces milieux qui peuvent donner cours à de telles pensées.

Dans les milieux inorganisés, l'apparition de ce genre d'idées crée des tendances anarchiques et par là, loin de pouvoir s'ériger en opinion, elles dégénèrent et tombent au rang des plus avilissants désirs. Dans les milieux organisés au contraire, ces idées seront considérées comme l'émanation d'une catégorie de l'opinion sociale qui loin de nuire aux institutions organiques du pays, joue un rôle accélérateur salutaire en face des esprits conservateurs à l'excès.

Ainsi, par exemple, nous voyons dans la société fortement organisée de l'Empire Sassénide apparaître la doctrine de Mazdâc qui professe la communauté des femmes. On a essayé de tirer argument de ce fait pour porter un coup soit-disant mortel à la civilisation iranienne du temps des Sassanides (1).

C'est peut-être juger un peu trop légèrement, que de vouloir par inadvertance — et, en matière scientifique celle-ci n'est pas moins grave qu'un acte fait à bon escient — disjoindre un fait de l'enchaînement historique qui, à travers des siècles, a pu donner aux organisations politiques et sociales d'une nation des bases aussi solides, lui permettant de porter pendant des siècles le flambeau de la civilisation et de diriger dans le remous de l'histoire le gouvernail de cette civilisation dans une période qui n'est pas encore tout-à-fait dépouillée de ténèbres et qu'on vient hier seulement de faire remonter à 3.000 ans avant Jésus-Christ.

Peut-être ne serait-il pas trop osé de rappeler les services que surtout les Sassanides ont rendu à la renommée d'une civilisation dite arabe et à celle du monde entier. Ils ont entouré de leurs

---

(1) Boulos, *La succession en droit musulman*, Paris, 1925, p. 51 ; Louis Dubeux Perse, Paris, 1841, pp. 267 ss, 288, 323 ss.



soins l'enfant qu'ils chérissaient, ils l'ont élevé de leur mieux, et à la fin de leur destin tragique, ils l'ont remis avec leurs vœux paternels entre les mains des générations à venir. Ils n'ont pas manqué, dans la tâche que l'histoire leur avait tracée, de greffer sur la souche de l'arbre ce qui devait produire à leurs yeux les fruits les plus savoureux. Ils ne s'étaient pas trompés et après le cauchemar d'une vie troublée et sanglante, conservant leurs acquisitions sous l'abri bétonné de leur prestige, ils se sont redressés de nouveau pour continuer la tâche. C'est aux esprits bien éclairés de dire aujourd'hui s'ils ont réussi.

.....

Fermons la parenthèse et revenons à l'étude de la société arabe pré-islamique. Nous pouvons déclarer avec une certitude qui ne peut donner lieu cette fois à des divergences (la date est récente : elle ne remonte guère plus haut que la veille de l'apparition de l'Islam) que la société arabe n'est pas une entité politique, mais une pluralité de tribus juxtaposées. Pendant cette période qui est certainement assez éloignée de celle à laquelle les auteurs attribuent un système communautaire du sol et des biens (1), la société arabe est formée de tribus divisées en familles à l'intérieur desquelles le chef de famille exerce un pouvoir absolu par rapport aux membres qui la composent. Ce pouvoir va jusqu'au droit de vie et de mort sur la personne des membres de la famille. La femme et la fille sont objets de jouissance pour l'homme, et cela parce que dans une société où la guerre est la raison d'être sociale, le sexe faible, loin de pouvoir aider à l'aboutissement de cette nécessité, lui est à charge (2). Rien n'est plus facile dès lors que de deviner la dévolution des biens du chef de famille après son décès. Ces biens se transmettent non pas à tous les membres de la famille indistinctement, mais à celui-là seulement à qui incombe la charge de la sauvegarde des intérêts collectifs. Donc les biens de la famille ont une destination particulière et la succession n'a pas lieu dans le sens où nous l'entendons aujourd'hui.

---

(1) Marçais, *Des parents et alliés successibles en droit musulman*, pp. 32, 34 ; Gustave Le Bon, *La civilisation des arabes*, pp. 359, 364.

(2) Le pouvoir du chef peut aussi bien éliminer un membre de la famille qu'adopter un étranger au sein de cette famille. Par une sorte de serment, on peut se reconnaître mutuellement le droit de vengeance ou le droit de succession. Le droit d'hériter de l'épouse du défunt ainsi que celui de passer toute autre transaction sur sa personne est chose normale.

Voilà un rapprochement tout à fait saisissant de l'origine de la succession chez les germains et les arabes qui, par la communauté de leur sort guerrier, étaient amenés à faire présider à leurs institutions successorales le même esprit. Il faut noter toutefois cette différence qu'en Arabie tout était simplifié par la prédominance de l'autorité du chef sur tous les éléments du groupe familial (1), alors qu'en Germanie la tendance de la vie nomade et guerrière n'avait pas complètement éliminé la cohésion plus adéquate des membres des groupements.

Lorsque plus tard le prophète a voulu donner à l'Arabie une législation uniforme et réaliser ainsi la fusion des mœurs et leur pénétration par des idées modernes, il n'a pas pu se débarrasser tout à fait de l'état d'esprit du milieu.

Dans la succession *ab intestat*, la différence entre les sexes fut maintenue et la règle de la fente établie. Dans la succession testamentaire une forte partie des biens fut mise à la disposition du défunt. Par ailleurs, une réglementation très rudimentaire établit les degrés de succession.

Quatorze versets seulement englobaient la structure de l'institution. Ils constituaient plutôt une esquisse des problèmes successoraux, résolus occasionnellement pour les cas qui se présentaient. Et pour minime que fut cette codification, elle n'était pas restée à l'abri des contradictions.

## SECONDE PARTIE

### FONDEMENT ÉCONOMIQUE DE LA SUCCESSION

#### SECTION I. — LA PROPRIÉTÉ

Avant d'aborder le côté économique de la succession, nous voudrions, en jetant un coup d'œil sur l'histoire de la propriété, envisager l'avenir de cette institution et voir selon le passé quel sort lui est réservé pour plus tard.

Il ne s'agit nullement d'un acte de prédiction. Nous ne voulons pas tirer un horoscope. Il s'agit seulement de faire un raisonne-

---

(1) Voir dans d'étude très intéressante de Léon Gauthier, *Introduction à l'étude de la philosophie musulmane*, l'exposé très profond de l'esprit arabe.

Léon Gauthier, *Introduction à l'étude de la philosophie musulmane*, Paris, 1923, pp. 34-37, notamment p. 66.

ment tout en se basant sur les données que nous avons aujourd'hui entre les mains.

On attribue d'habitude à l'homme considéré dans son état primitif un état de nature, c'est-à-dire qu'on le considère comme étant resté à l'écart de toutes sortes d'acquisitions. C'est l'état dans lequel l'homme prend les objets qui lui servent pour satisfaire ses besoins tels qu'ils sont préparés par la nature et sans modification propre à les rendre mieux adaptés aux nécessités de la vie.

En face de l'état de nature, il existe un autre état qu'on peut appeler artificiel. Cet état consiste à faire subir aux objets, en leur appliquant un art quelconque, une transformation capable de les rendre plus utiles et plus conformes aux besoins vitaux.

Si donc nous nous imaginons l'homme primitif dans une phase purement naturelle, (même si cette phase n'a jamais existé, ce qui est fort probable), nous nous le représentons complètement démuné de tous instruments capables de transformer les objets et de les adapter à son goût et à ses besoins. Il cueille le fruit dans les forêts et il prend l'eau dans les ruisseaux pour se rassasier ou se désaltérer. Le jour où il se sert de feuilles pour se couvrir, en les enfilant les unes sur les autres, ou plus tard, lorsqu'il découvre que le choc de deux corps peut lui fournir le feu ou la lumière, il n'est plus cet homme primitif, il est déjà entré dans la voie de la civilisation. Dans chaque étape, l'homme profite des expériences de ses prédécesseurs et il les ajoute à ses propres découvertes. Ainsi à chaque étape il avance par rapport à l'étape précédente et quelque petit que soit le progrès, l'homme du degré supérieur est plus civilisé que son prédécesseur d'un degré inférieur.

Ce n'est pas seulement dans le domaine des objets corporels, c'est-à-dire des objets placés en dehors du cadre de la personnalité humaine, qu'un tel développement intervient. Le domaine intellectuel et moral de l'homme est touché également par ce développement. Le caractère de l'homme suit la marche de cette progression. Le caractère primitif, si l'homme en avait un, est inné et naturel. Chaque acquisition nouvelle lui procure non pas un nouveau caractère, — on ne peut en avoir plusieurs, — mais un nouveau développement de ce caractère. Donc le caractère humain lui-même, ses dispositions morales et intellectuelles peuvent, tout comme les objets matériels, être classés en naturels et artificiels.

Ils sont naturels lorsqu'ils sont l'émanation des instincts innés de l'homme ; artificiels, lorsqu'ils sont au contraire, le résultat de nouvelles acquisitions, lorsque l'homme, pour les obtenir a dû mettre en activité ses différentes facultés.

Le fait le plus important dans toutes ces constatations, c'est que, à mesure que la civilisation se développe, les nouvelles acquisitions sortent de leur cadre artificiel pour entrer dans le cadre naturel et constituer ainsi la nature secondaire de l'homme.

De la sorte, les acquisitions qui étaient au début choses étrangères à l'homme et qui lui enlevaient sa liberté en l'attachant par les chaînes serviles de la civilisation, s'assimilent au cours du temps à sa nature et deviennent, à force d'être pratiquées, une nature secondaire.

Ainsi les acquisitions nouvelles ne deviennent bienfaisantes que lorsqu'elles passent du stade artificiel au stade naturel, c'est-à-dire lorsqu'elles constituent la manifestation même de la conscience de l'homme. Autrement elles sont comme la pièce détachée d'une machine, qui fausse l'ensemble du rouage.

Supposons que la civilisation nous ait procuré un sentiment de bien-être, à la satisfaction duquel nous ne pouvons plus aujourd'hui nous fermer. C'est une nécessité non pas fictive, dressée par nous par une sorte de stratagème artificiel, mais une nécessité réelle qu'aucune force arbitraire ne peut nous enlever et dont l'absence rendrait notre vie insupportable et odieuse.

Ainsi ces habitudes que nos ancêtres ne concevaient même pas et qui n'en provoquaient pas moins au début toute une perturbation dans les mœurs, sont devenues aujourd'hui une nécessité inéluctable et d'ailleurs bienfaisante.

D'autre part cette même civilisation nous a légué certaines vertus dont la méconnaissance nous cause aujourd'hui le plus grand trouble. Nous sommes par exemple habitués à restreindre une partie de notre liberté au profit de l'ordre social et nous sommes indignés en revanche de voir l'autre partie méprisée ou transgressée après avoir été reconnue légalement. Autant de chaînes que nous nous sommes créées sans cependant nous plaindre, puisqu'elles sont l'émanation de nos sentiments d'ordre et de civilisation.

Si maintenant ces mêmes notions sont transportées dans des sociétés où les hommes n'ont pas reçu un préliminaire d'éducation, si la faculté d'assimilation n'est pas développée au point de



faire élever ces normes à la hauteur de la conscience sociale, elles ne peuvent guère servir cette société et procurer son bonheur.

C'est dire que les acquisitions prématurées se corrompent et corrompent avec elles les sociétés qui les appliquent tant qu'elles ne sont pas assimilées à la conscience sociale, c'est-à-dire tant qu'elles ne sont pas sorties du cadre artificiel pour tomber dans le cadre naturel.

Si donc nous dessinons une courbe dont le point de départ serait par hypothèse l'état naturel de l'homme, tout le long de la courbe étant sillonné d'incidents artificiels, le point d'arrivée en serait, d'après nos développements, un état artificiel devenu naturel, qui n'aura ni la grossièreté de la première étape ni l'imperfection de la seconde, mais quelque chose en harmonie avec l'essence du progrès et de la nature.

Dans cette courbe les deux extrémités seront par définition naturelles et la partie intermédiaire au contraire purement artificielle. Les deux extrémités ne sont pas cependant naturelles de la même façon. La première est un naturel brutal qui n'est pas adouci par les affinités de la civilisation, tandis que l'autre extrémité est au contraire un naturel travaillé et raffiné par l'artificiel et devenu ainsi plus tard, par le fait de son assimilation, le naturel de l'homme. En un mot, si on considère l'état primitif comme l'état sauvage, et les acquisitions postérieures comme un progrès artificiel, la vraie civilisation consisterait en cet artifice devenu naturel. Et si, d'autre part, on reconnaît qu'à l'époque actuelle le bonheur et le bien-être de l'homme sont loin d'être réellement achevés, on conviendra facilement que la civilisation actuelle est fausse et que la perfection réelle n'est pas encore atteinte. D'autres choses restent donc à accomplir dans cette voie.

Si nous appliquons ce principe aux institutions sociales dans lesquelles l'homme déploie aujourd'hui son activité, nous pouvons encore constater les mêmes faits et tirer les mêmes conclusions.

Prenons entre tant d'exemples celui qui nous intéresse à cet endroit, c'est-à-dire la propriété et appliquons à cette institution la même méthode analytique, pour voir à quel point elle pourra nous amener. Remontons donc dans l'histoire pour chercher l'origine de la propriété et suivons les péripéties qu'elles a traversées au cours de son existence.

Contrairement à toute apparence, l'état d'isolement n'existait pas pour l'homme primitif. L'homme a commencé son existence dans la communauté. Cela n'est pas vrai seulement pour l'âge historique par lequel nous avons des documents, mais encore pour l'âge préhistorique sur la formation organique duquel on se base en grande partie sur des conjectures et des suppositions. L'histoire n'entrevoit donc l'homme que rassemblé et réuni.

C'est par une sorte de comparaison avec les « sociétés sauvages actuelles qui représentent un état moins avancé qu'aucune des sociétés historiques de l'antiquité la plus reculée » (1), qu'on essaie d'esquisser les traits principaux de nos sociétés actuelles arrivées à l'apogée de la présente civilisation. Si donc les sociétés sauvages d'aujourd'hui, qui sont au dire des auteurs précités et d'autres auteurs, encore « moins avancées qu'aucune des sociétés historiques », pratiquent actuellement entre eux certaines habitudes que nous pouvons dénommer, malgré leur caractère rudimentaire, des institutions sociales, il est facile à conclure que les sociétés organisées possèdent elles aussi les mêmes institutions et pratiquent les mêmes habitudes.

Dans les sociétés primitives vivant dans un état rudimentaire, tout était confus. Ni l'individu, ni la famille, ni la cité n'avaient un cadre déterminé. L'individu, la famille, la cité sont des conceptions modernes dont nous ne pouvons pas, sans commettre des erreurs graves, prêter le sens ou l'idée aux sociétés primitives.

Il ne faut pas non plus construire ces sociétés sur la base des images de nos organisations actuelles et dire par exemple que, l'individu étant le centre vers lequel convergent tous les autres éléments sociaux, la famille ne serait que l'union conjugale des individus et la cité l'agglomération des familles. Or il est avéré que ce n'est pas l'individu qui est la source de la formation collective, mais au contraire la société collective qui donna naissance à la personnalité des individus. Combien dès lors nos facultés déductives qui s'appuient sur nos conceptions modernes de catégorisation peuvent se tromper si elles ne sont pas contrôlées à chaque pas par des garanties scientifiques.

Donc, dans les sociétés primitives, le pouvoir politique et les institutions familiales ne constituent pas des cadres séparés. Les

---

(1) A. Moret et G. Davy, *Des clans aux empires, L'organisation sociale chez les primitifs et dans l'Orient ancien*, Paris, 1923, p. 2.

membres du groupement étaient unis entre eux non pas parce qu'ils étaient les descendants d'une même personne, et parce qu'ils formaient ainsi une même famille, mais parce que tous avaient le même signe distinctif de tous les membres. L'individu est absorbé par la famille, groupement basé non pas comme aujourd'hui sur la communauté de sang consacrée par le mariage, mais sur la communauté d'un principe, d'une force quelquefois mystique ou religieuse, toujours l'extrême émanation de l'esprit commun, extériorisé par un être vivant ou inanimé, et rassemblant à tous ceux qui se croient parents sous l'égide de cet emblème. C'est le totem, c'est le nom commun de ce totem, qui rattache les membres, c'est la société totémique formant le clan, formant plus tard la famille antique et plus tard encore, par son développement organique, la phratricie, qui n'est d'après Durkheim que le groupement totémique initial qui à la suite de son développement considérable, « a été amené à se segmenter en un certain nombre de clans secondaires », sans perdre toutefois le sentiment de la communauté d'origine et de la solidarité.

Durkheim définit le clan de la façon suivante : « un groupe d'individus qui se considèrent comme parents les uns des autres, mais qui reconnaissent exclusivement cette parenté à ce signe très particulier qu'ils sont porteurs d'un même totem. Le totem lui-même est un être animé ou inanimé, plus généralement un animal ou un végétal, dont le groupe est censé descendre et qui lui sert à la fois d'emblème et de nom collectif. Si le totem est un loup, tous les membres du clan croient qu'ils ont un loup pour ancêtre et par conséquent qu'ils ont en eux quelque chose du loup. C'est pourquoi ils s'appliquent à eux-mêmes cette dénomination ; ils sont des « loups » (1).

Donc le clan est le groupement des hommes qui se considèrent comme ayant la même origine, fondée non pas sur la communauté du sang, mais sur la communauté mystique du totem. Pas plus que l'élément ethnique, l'élément territorial ne rentre en ligne de compte. Le clan n'est pas un groupement d'hommes établis sur le même territoire et tirant de là l'origine de leur communauté, cela tout au moins tant que le totémisme pur n'a pas été altéré par d'autres influences qui arriveront à le transformer en « clan local » (2).

(1) Durkheim, *Mémoire sur la prohibition de l'inceste*, IV, t. I, pp. 2-3.

(2) Moret et Davy, *op. cit.*, p. 15.

La famille primitive est la restriction du groupement totemique sans que le fait de la consanguinité intervienne encore dans sa formation.

« La famille primitive, écrivent Moret et Davy, n'est pas le groupe restreint qu'on imagine, dont l'origine serait le mariage et la caractéristique la consanguinité réelle. C'est un groupe domestique plus étendu qui... n'est pas fondé sur le mariage, mais comme le clan sur la participation totemique. La famille primitive n'est donc qu'une figure plus spécialisée et plus hiérarchisée du clan. Cette identité se révèle dans les obligations que la coutume attache au fait d'appartenir au clan et qui ne sont autres que des obligations de parenté, de même que les relations entre membres du même clan sont des relations de parenté, au sens mystique que nous avons donné à ce mot. Ces obligations comportent le devoir de venger les offenses faites à un membre du clan, le devoir de participer au culte, le devoir si important de se marier en dehors du clan, (exogamie, et, du point de vue de la famille proprement dite, prohibition de l'inceste), le devoir de s'abstenir de consommer l'animal servant le totem ».

Sur ces deux dernières obligations, les auteurs ajoutent : « On trouvera dans l'étude de Durkheim sur le Totémisme (IV, V) les raisons qui lui font maintenir contre Frazer et contre Spencer et Gillen l'existence de ces deux derniers devoirs, et nier l'existence en Australie de clans primitivement endogames » (1).

Donc la famille bien longtemps avant sa formation sur la communauté de sang, fut encore précédée par le clan, groupement beaucoup plus vaste qui en se désagrégeant et en se segmentant a donné naissance à la formation de la famille au sens antique de ce mot.

Rappelons d'autre part que contrairement à tout ce que nous avons rapporté jusqu'ici, certains auteurs croient qu'à leurs origines les groupements humains se sont constitués non pas sous forme d'organisations totemiques, mais sous forme d'organisations territoriales ou parentales.

L'organisation territoriale se conçoit facilement dès qu'on réfléchit que la terre crée une chaîne du joug de laquelle il est très difficile pour l'homme de se libérer.

---

(1) Moret et Davy, *op. cit.*, p. 16.



« ...La communauté de vie locale est une source d'habitudes qui s'imposent nécessairement et s'implantent profondément jusqu'à créer ces instincts de sociabilité et de solidarité coopératrice qui vont rendre inutiles, pour cimenter la cohésion des cités, les liens de communauté mystique du genre de ceux qu'offrait le totémisme » (1).

Pour Summer Maine, c'est la parenté qui est le fondement de la société et le groupement formé sur cette base constitue la tribu, première consécration de la vie sociale. Cette parenté, élément constitutif des groupements, qu'elle soit patriarcale ou utérine, c'est elle et elle seule qui est la base de la communauté originaire. Et ce n'est que plus tard, lorsque ce groupement, formé déjà depuis longtemps, s'installera définitivement sur le sol, que la terre remplacera la parenté comme fondement de l'organisation sociale. C'est par une figure saisissante que l'auteur exprime son idée : « L'Angleterre était autrefois le pays qu'habitaient les Anglais. Les Anglais sont aujourd'hui le peuple qui habite l'Angleterre » (2).

Durkheim pense à la connexité de l'élément territorial et de l'élément totemique : « Il est impossible, dit-il, qu'un groupe sociale ne tienne pas en quelque mesure au territoire qu'il occupe et n'en porte pas du tout la marque ».

Mais il veut établir que quelque place qu'on puisse donner à l'élément territorial la prédominance de l'élément totemique est manifeste : « ...ce qu'il y avait de territorial dans l'organisation sociale était alors très secondaire, très effacé ; ce qui marquait les limites de la société, ce n'était pas telle barrière matérielle ; ce qui en déterminait la forme, ce n'était pas la configuration du sol. La tribu était essentiellement un agrégat non de districts, mais de clans et ce qui faisait l'unité du clan, c'était le totem et les idées dont il était l'objet » (3).

Mais cette connexité apparente n'est dans l'esprit de l'auteur qu'une dualité, puisque à mesure que l'organisation territoriale gagne du terrain, l'organisation totemique recule. « En d'autres termes, conclut-il, l'organisation a dû commencer par être totemique et n'est devenue qu'ensuite territoriale ». (Même passage).

---

(1) Moret et Davy, *op. cit.*, p. 64.

(2) Summer Maine, *Études sur l'histoire des institutions primitives*, Paris 1874, p. 91.

(3) Durkheim, *op. cit.*, p. 360.

Clan, tribu, district, voilà les mots d'ordre des idées en présence.

Quoiqu'il en soit et quelqu'ait été l'ordre dans lequel l'évolution de la société humaine s'est effectué, le seul point qui nous intéresse dans cette étude, après cette revision succincte des origines de la vie la plus reculée de la société, c'est que la naissance de l'homme est concomitante avec la naissance de la vie commune et l'homme isolé ne se conçoit pas scientifiquement.

La propriété est le trait caractéristique de la période individualiste de la vie humaine.

Même dans l'hypothèse où la terre constituerait la base de l'agglomération et de l'hégémonie humaines, c'est-à-dire même au moment où l'idée de tirer bénéfice d'un objet matériel qui se trouve dans le monde se dessine nettement dans le cerveau de l'homme, même lorsque la terre forme le centre des intérêts vitaux chez les groupements primitifs, il n'est pas moins vrai qu'elle ne joue pas les rôles que nous lui avons attribués en tant qu'étant passible d'une possession exclusive.

Car la co-propriété dans le sens que nous envisageons n'a rien de commun avec la propriété et la propriété exclusive par le fait du collectivisme primitif ne se conçoit pas dans les sociétés anciennes.

Aussi la notion de propriété n'existe-t-elle pas dans cet état primitif. L'attachement au sol ne s'explique pas par la conception de la propriété, mais par les liens moraux qui existent entre les groupes d'hommes et le territoire sur lequel ils se sont établis. C'est la création successive des mœurs, c'est l'accumulation d'une foule de souvenirs se produisant dans une enceinte territoriale, c'est cette force irrésistible des liaisons qui rattachent l'esprit de l'homme aux endroits où se déroulent les spectacles de la vie journalière, c'est enfin l'ensemble des éléments moraux qui ne sont guère moins captivants que les préjugés religieux ou ataviques d'aujourd'hui, qui ont créé la cohésion et l'unité sur la base territoriale d'une tribu, d'un peuple ou d'une nation.

A une époque déjà avancée, nous voyons la terre devenue l'objet de l'exploitation du groupement à titre collectif. Nous voyons à l'occasion du commentaire de la guerre des Gaules par César, dans l'exposé des mœurs germaniques, la façon dont la terre est répartie annuellement entre les membres de la tribu par

des autorités locales en vue d'être défrichée et cultivée, puis rendue à la fin de l'année à la communauté qui la répartira de nouveau entre ses membres à l'arrivée de la saison nouvelle (1).

Non seulement à l'intérieur d'une tribu la communauté des biens était le seul principe connu, mais même entre les tribus complètement étrangères l'une de l'autre, il n'y avait de droit reconnu qu'à titre collectif. Ainsi un groupement reconnaissait aux membres d'un autre groupement le droit de profiter des biens situés sur son territoire, de chasser ou de pêcher par exemple sur ce territoire.

Écoutons à ce sujet Durkheim qui en commentant les écrits de Hawitt, protagoniste de l'hypothèse « société-tribu » à une époque beaucoup plus antérieure que les Germains du temps de la guerre des Gaules, pense à la promiscuité des tribus, pourtant assez délimitées à cette époque les unes par rapport aux autres. Cette promiscuité engendre délibérément une confusion dans le domaine des biens.

« ...Sans doute le groupe appelé tribu n'est pas sans avoir une certaine unité. La tribu a à sa tête un conseil des chefs qui se réunissent pour délibérer sur les affaires communes... Mais les frontières matérielles et morales entre tribus voisines sont souvent très peu sensibles... Les cadres de leur organisation matrimoniales sont identiques... Ce qui achève de montrer ce qu'il y a de flottant dans ces divisions territoriales, c'est la facilité avec laquelle ces populations se mêlent.

En principe l'enfant est de droit membre du groupe local de son père et à ce titre il peut chasser et pêcher sur le territoire occupé par ce groupe. Mais il a des droits analogues sur le territoire occupé par le groupe de sa mère et aussi sur le pays où il est né, où il a été élevé, alors même que ce pays ne serait celui d'aucun de ses parents et appartiendrait à une tribu tout à fait étrangère ».

La confusion des frontières, l'analogie des organisations possessoires, le mélange perpétuel de la population, la participation aux bénéfices d'un territoire auquel on n'appartient pas, voilà quelques traits distinctifs des relations extérieures des groupements primitifs organisés sur la base communautaire.

---

(1) Charles Jacot, *Essai critique sur les bases philosophiques du droit de tester*, Cernier, 1899, p. 92.

D'autre part dans ces mêmes institutions antiques, si on cherche de plus près, on trouve quelquefois le germe du phénomène de l'individualisation des biens. A l'occasion d'un malheur, à l'arrivée d'un évènement néfaste engendrant des soucis et des calamités, un membre du groupement se signale par sa bravoure, se dresse en sauveur et écarte le danger. Il se procure avec ce succès une autorité et grâce à cette autorité s'attribue la possession et la propriété exclusive de certains biens.

En tenant compte du rôle rituel, juridique, économique et social du « potlach » ne voyons-nous pas en même temps dans cette institution une sorte de pépinière de l'individualisation de la richesse ? (1).

A l'occasion d'une disette, « un membre du groupe disparaît, va se faire initier, par un des êtres surnaturels si nombreux — esprit de la mer, du canot, de la forêt — à une pêche ou à une chasse extraordinairement fructueuse, et revient en sauveur, rapportant en même temps que le produit de la chasse ou de la pêche surnaturelle, destiné à subvenir aux premiers besoins, des secrets de chasse ou de pêche qui mettront désormais le groupe à l'abri de toute disette » (2).

Alors dans un festin solennel, on distribue des vivres et on célèbre le sauveur comme un héros. Il s'attribue un pouvoir, mais il s'attribue aussi des richesses qui ont, sous l'apparence d'une destination collective, un caractère plus ou moins privé.

Ce que nous pouvons conclure de cet exposé, c'est que dans cette étape primitive, le but final étant la sauvegarde des intérêts collectifs et l'individu étant absorbé par le groupement, la destination des biens est de satisfaire les besoins communs.

Petit à petit, les sociétés anciennes se désagrègent et les familles, reproduction en plus petit des mêmes sociétés, se constituent. L'individu n'a pas encore obtenu une personnalité distincte de la famille à laquelle il appartient. Il n'est encore que la partie d'un homogène, comme dit M. Rignano. Même après la suppression de la communauté proprement dite, les biens mobiliers et la terre, propriété par excellence, sont encore communs.

Les honneurs, les titres, les biens, les charges, les droits et les devoirs n'ont pas pour titulaire l'individu, mais la famille, cadre plus restreint il est vrai que les anciennes collectivités, mais éclip-

(1) En ce qui concerne le « potlach », cf. Moret et Davy, *op. cit.*, p. 108.

(2) Moret et Davy, *op. cit.*, p. 124.



sant encore dans son sein cette unité, cette entité, cette personnalité de l'individu, destiné à devenir plus tard à elle seule le sujet du droit.

Sous le régime du groupement familial, tous les actes engendrant un effet juridique quelconque lient non pas l'individu mais la famille toute entière. Les biens sont familiaux et l'héritage ne se réalise qu'en vertu des règles garantissant les intérêts de toute la famille. Au début le droit de tester n'existait même pas. Plus tard le testateur ne pouvait pas gratifier un légataire étranger aux dépens de la famille. Nous voyons surgir des règles de droit d'aînesse, de masculinité et de fidéicommiss. Elles ont toutes pour but de frapper en quelque sorte les biens familiaux, de mainmorte au profit de la famille et des descendants.

En apparence toutes ces réglementations peuvent être considérées comme le vestige des souvenirs anciens caractéristiques de la vie collective de temps historiques. On pourrait les croire destinés à assurer la propriété collective de tous les membres de la communauté.

Cette apparence n'est en réalité qu'un trompe-l'œil et en aucun moment de l'histoire l'individualisme de la propriété n'a pu atteindre le point qu'il a touché sous ce régime. Tout d'abord la société humaine perd son ancien aspect d'universalité et gagne une tendance croissante vers le démembrement. De là résulte une désagrégation des anciennes tribus dont les vestiges contribuent à la formation d'autres particules et dont l'ensemble va constituer ce qu'on appellera l'Etat.

Donc à l'intérieur d'un groupement, les relations d'une unité familiales à l'autre sont interrompues et ce qui intéresse un groupement familial quelconque laisse indifférent au contraire un groupement voisin. Une restriction très sensible s'achève au détriment de la communauté primitive et un changement de destination se dessine en faveur de l'évolution de la propriété privée.

D'autre part, la vie n'est pas encore très intense et les familles peuvent dans une large mesure se passer de la société pour défendre leurs intérêts et faire respecter leurs droits contre toutes sortes d'agressions. C'est-à-dire en somme que la solidarité qui est la caractéristique de nos groupements modernes, n'a guère encore fait sentir sa nécessité.

À l'intérieur même du groupement familial, la propriété n'est collective que dans son apparence. En réalité elle n'est que exclu-

sivement privée. Le bénéficiaire de cette propriété est le chef de la famille. Toutes les activités de la famille convergent vers la personnalité du chef. Son prestige et son autorité qui changent évidemment suivant les lieux et les époques sont les garanties de la constitution d'un pôle autour duquel tous les rouages de la famille fonctionnent pour servir sa suprématie.

Toutes les institutions que nous avons précédemment énoncées ne font que renforcer la même idée. Le fidéicommiss enlève à tous les membres de la famille la propriété des biens pour en remettre la direction et la jouissance au chef, et cela d'une façon perpétuelle et pour toutes les générations qui se suivent. Le droit d'aînesse ou de masculinité déshérite toute la famille pour faire profiter le fils aîné. La prohibition de gratifier par des libéralités les personnes étrangères à la famille, dans l'état d'esprit où nous le décrivons, se conçoit et se justifie surabondamment. L'individualisation de la propriété atteint donc son apogée.

Mais les faits n'en restent pas là. Les familles antiques se disloquent à leur tour et la famille moderne à la base du mariage prend leur place. Ce phénomène se produit avec le temps à la suite de faits d'ordre psychologico-social, expliqués par M. Rignano, auquel nous empruntons les passages suivants.

« ...Puis à mesure que la société progresse, et la direction de son évolution est, nous le répétons, vers l'extension et le perfectionnement incessants de la *conscience sociale*, l'être pensant acquiert une importance propre comme élément de cette conscience. Les tendances individualistes se répandent et s'intensifient; elles brisent peu à peu l'unité d'abord indissoluble de la gens, de la descendance, et l'individu, cessant enfin de se confondre avec la famille, se dresse en face d'elle » (1).

Cette désagrégation des familles antiques laisse à croire que l'individualisation des biens ira dorénavant de pair avec les progrès de l'individualisme de l'homme. Un homme, une famille, un groupe de biens, voilà les symboles de notre civilisation. En effet si on envisage la société actuelle dans son apparence, la triologie ne serait que trop juste. Mais la complexité de la vie n'a pas permis à l'homme de se détacher de la société et sous

---

(1) E. Rignano, *Un socialisme en harmonie avec la doctrine économique libérale*, Paris, 1904, p. 77.

l'aspect de la délivrance, il est aujourd'hui plus que jamais sous la dépendance sociale.

Tout d'abord sous prétexte de liberté individuelle, gratifier une personne étrangère à la famille devint chose permise. La propriété individuelle et le droit de tester sont donc en rapport direct avec le développement de la personnalité des individus.

« L'évolution des rapports de l'individu et de la famille avec la société, écrit M. Rignano, est peut-être la manifestation sociologique qui objective le mieux les tendances individualistes au fur et à mesure de leur diffusion et de leur intensification. Or l'évolution de la propriété est parallèle à celle-là. D'abord familiale, elle n'admet pas le droit de tester. En le reconnaissant plus tard, la société accorde une plus grande importance à l'individu vis-à-vis de la famille. Car le droit de tester peut détruire le droit familial d'héritage, de fidéicommis, de majorat. Le testateur du consentement de la société, peut s'opposer à la famille » (1).

En second lieu, tant pendant la vie que par le fait de la mort, les individus doivent participer aux dépenses sociales qui ne leur profitent pas directement, mais dont néanmoins par le jeu de la solidarité et de l'interdépendance sociale, ils ne sont nullement dispensés. L'individu travaille non pas exclusivement pour lui-même, il gagne non seulement pour satisfaire ses propres besoins, mais il travaille et il gagne pour faire bénéficier en même temps la société toute entière d'une partie plus ou moins considérable de son profit. Cette partie plus ou moins considérable revient à la collectivité qui constitue la suprême expression des forces individuelles. Nous nous trouvons nettement dans une troisième phase, qui ne ressemble ni aux sociétés antiques à forme collectiviste, ni aux sociétés à forme familiale patriarcale, mais qui présente des traits distinctifs qui sont inspirés à la fois par la société collective antique et par la société familiale patriarcale.

Ces traits distinctifs sont le résultat d'une fusion des éléments caractérisant les époques précédentes. La propriété se divise à notre époque en deux catégories distinctes : la propriété collective qui est le patrimoine de l'Etat et la propriété individuelle qui, d'une part, constitue le patrimoine des individus et, d'autre part, alimente continuellement le patrimoine de l'Etat. Cette étape est

---

(1) Rignano, *op. cit.*, p. 77.

dans sa phase d'enfance ; elle n'a pas encore établi l'harmonie entre les facteurs contradictoires de notre vie. Les fissures existent encore en abondance. Mais la direction est toute indiquée et c'est dans la voie de la socialisation de la propriété que nous nous trouvons dorénavant.

Écoutez à ce sujet les pronostics de M. Rignano qui écrit : « ...Le passé nous permet de prévoir un avenir où — en tant que cela est compatible avec le maximum de bien-être social — le droit de possession ne sera plus transmissible dans la famille ou la descendance mais réversible à toute la collectivité à chaque mort d'homme » (1).

Si nous considérons donc la propriété collective du temps historique comme la phase naturelle de la propriété, et la propriété familiale patriarcale comme la phase artificielle, nous arriverons, selon le principe posé au début, à la propriété collective perfectionnée et assagie par les particularités de la phase individualiste de la propriété. Elle formera ainsi la troisième phase de la propriété qu'on pourra appeler l'individualisme dans le collectivisme.

## SECTION II. — FONDEMENT ÉCONOMIQUE DE LA SUCCESSION

Il n'est pas de désir plus légitime en parlant de la dévolution successorale, que de s'attarder un instant à la valeur du fondement de l'institution au point de vue économique.

Cet examen, nous ne le savons que trop, a suscité beaucoup de passions. Combien de penseurs ont cherché à résoudre ce problème extrêmement complexe. Aussi nous ne nous dissimulons pas l'âpreté de l'étude, et nous ne nous faisons pas l'illusion d'apporter un part quelque minime qu'elle soit à la solution du problème.

Nous n'avons d'autre intention que de fixer parmi tant d'autres solutions pressenties sur ce point, celle sur laquelle se porte notre préférence. Un tel choix est beaucoup plus aisé et est en tout cas préférable au silence qu'on pouvait inopinément s'imposer dans une matière qui ne peut laisser indifférente les âmes pensantes. Nous avons donc préféré indiquer vers quel sens notre pensée incline.

Un exposé succinct du problème éclaircit ce sens. Nous allons le mettre sur pied avant l'examen détaillé de la solution en question.

---

(1) E. Rignano, *op. cit.*, p. 77.



L'homme est aujourd'hui plus que jamais soumis aux chaînes des conditions économiques de notre société.

Il est en tant que producteur, servilement attaché aux incertitudes du problème de la production.

La consommation elle-même reste en dehors de la maîtrise de l'homme. Et même si les richesses produites soient d'une quantité suffisante pour répondre à tous nos besoins, en fait avec le système de répartition actuelle tous les besoins ne sont pas satisfaits.

Si nous admettions la justice absolue dans la production et la consommation des richesses nous aurions dit que la justice commande que celui qui travaille davantage ait un profit proportionnellement plus élevé, et alors, si physiquement il ne consomme pas toutes les richesses produites par lui, il n'a qu'à épargner le surplus.

La contre-partie de cette proposition serait le dénûment de celui qui ne produit pas assez pour satisfaire ses besoins. Mais nous sommes dans une société organisée, et nous avons la loi de la solidarité qui doit nous régir. La justice absolue est donc en cette matière refutable puisqu'elle ne nous conduit pas au progrès. Il faut choisir une autre norme.

Nous disons donc que le travail, en vue de production, tant qu'il n'est pas organisé ne nous apporte pas le bonheur attendu.

Il faut organiser le travail et le profit. Or, cette organisation si elle était basée encore sur la justice absolue, l'injustice n'en serait pas moins flagrante. Car si nous prescrivions une quantité de travail et de consommation égale pour tous, il en résulterait que ceux qui sont plus forts se verraient ainsi avantagés par rapport aux plus faibles. L'égalité parfaite deviendrait à son tour une source d'injustice.

Alors nous sommes amenés à penser à une troisième solution : celle qui veut que tout le monde travaille pour alimenter la société pour que celle-ci se charge en revanche d'assurer la vie et les besoins de tous ses membres. Dans ce système il faut demander à chacun ce dont il est capable, et rendre à chacun ce dont il a besoin.

Ceci non plus n'est pas réalisable, et l'apparence pleine de bon sens de la solution imaginée, fait que la réfutation n'est pas aussi facile que dans les deux premiers cas.

La paresse naturelle de l'homme d'une part et l'assurance que la société lui offre de pouvoir maintenir son train de vie, d'autre

part, ne seraient-elles pas un obstacle insurmontable pour la production ?

Le stimulant du profit étant éliminé y a-t-il lieu d'espérer du zèle et de l'ardeur pour le travail ?

Et que dire du droit au résultat intégral du travail et de l'effort; ne serait-ce pas une injustice autrement décevante d'attribuer le fruit obtenu par l'effort d'un homme à un autre qui, de par sa nature, se livre à la paresse et à l'inactivité et n'est digne d'aucun ménagement.

Pourra-t-on dire qu'on peut remédier à la paresse par le contrôle du pouvoir central ? Le manque de zèle sera-t-il remplaçable par l'obligation du travail, mesure prise par la loi pour frapper la fainéantise ?

Pourrait-on se passer de l'élément du profit qui est un stimulant au travail et à la production ?

Peut-on dire, que si la société se charge de satisfaire les besoins de tous, de façon à ce qu'elle épargne aux hommes les ennuis de la misère, et leur procure une aisance moyenne, elle leur enlèvera du même coup les raisons de leur inquiétude, et en conséquence, le désir du profit ?

Est-il vraiment exact que si le spectre de la misère, de la faim et de la vieillesse était radicalement proscrit, de façon à ce que chacun puisse, dans le mécanisme social trouver la part raisonnable de ses besoins assuré, est-il exact que l'homme abdiquerait alors sincèrement son désir de gagner davantage et surtout de gagner selon son entendement ? D'ailleurs, rendre chacun heureux selon son goût, et satisfaire convenablement les désirs de chacun, cela est-il possible pour la société ?

Mécaniser la vie à un tel point est-ce possible ou désirable ?

Non, le profit n'est pas une chose vague, un préjugé.

Le stimulant de profit est au contraire vrai, vivant, fort et le plus irrésistible facteur dans l'activité humaine. Même si son origine remonte à la notion de besoin, même si la délimitation de son effet reste souhaitable dans l'avenir, le stimulant du profit est chose inévitable pour le bonheur même de l'homme. Il existera tant que l'homme jettera ses regards vers l'avenir et le progrès.

Cette troisième solution implique non pas l'ingérence de l'organisme social dans le problème de la production et de la consommation (une telle ingérence est aujourd'hui inévitable et

nécessaire), mais la substitution de l'Etat à l'individu, et le rejet de la notion du profit. Elle paralyse l'initiative individuelle, et est pour cela insoutenable. Mais faut-il alors dire que l'état actuel doit être maintenu puisque, après tout, il ne présente pas l'incohérence des autres solutions que nous venons de constater.

Il ne présente pas d'incohérence ? Mais quel cynisme que de parler de la justice et de la perfection de l'état de choses actuel. Nous aurons l'occasion de mettre en relief quelques-unes des injustices criantes du régime de propriété actuel et du régime de la succession, son corollaire. Il faut dire, néanmoins, en deux mots, les causes les plus substantielles de cet état chaotique que nous avons sous les yeux :

Le travailleur ne trouve pas dans son travail le rendement total de son effort. Une partie de ce rendement est réservé à titre de profit au capitaliste. Quelque minime que soit cette défalcation, trois vices principaux en découlent :

1° L'entassement de ces parts minimales aboutit à créer des capitaux formidables et une force considérable au profit de son possesseur. Force productive tout d'abord, et force sociale en second lieu. La force productive est bonne en soi puisqu'elle contribue, si elle n'est pas uniquement employée au service de son possesseur, au bien-être commun. Mais étant donné que son utilité est dans le régime actuel, exclusive, elle devient néfaste à la collectivité.

2° Les conditions des travailleurs, et aussi la possibilité de travailler restent soumises à la volonté du capitaliste. Car avec ce système entre l'ouvrier et l'outil de travail il y a une barrière. L'ouvrier n'a pas à sa disposition ses moyens de travail.

Pour s'en procurer, il faut qu'il se réfère au capitaliste qui détient ces outils entre ses mains. Or, celui-ci consentira telle condition qui lui plaira, ou choisira tel moment qui lui conviendra pour remettre à l'ouvrier des outils. Il achète ainsi la force de travail de l'ouvrier. Si pour le premier cas, c'est-à-dire les conditions du travail, les lois sociales ont amélioré (et encore dans quelle mesure dérisoire), le sort des ouvriers, pour le second cas, c'est-à-dire l'embauchage des ouvriers, la loi ne peut ou à peu près rien faire, car elle ne peut tout de même pas commander au capitaliste de se déssaisir de son capital tant que la notion de propriété reste telle qu'elle est aujourd'hui.

3° Le coût d'achat des objets fabriqués étant le coût de la production de ces objets, c'est-à-dire le prix que l'ouvrier devrait recevoir, mais qu'en réalité il ne reçoit qu'en partie — l'autre partie formant le profit du capitaliste — il en résulte que l'ouvrier ne peut acheter les objets que lui-même a fabriqués que moyennant un prix plus élevé que celui auquel il les a lui-même vendus, ou plutôt que celui auquel il a été obligé de les vendre. En conséquence, le coût de la vie est toujours au-dessus du salaire de l'ouvrier, quelle que soit d'ailleurs la moyenne de ce coût, et aussi du salaire. C'est-à-dire, qu'en somme, l'ouvrier est toujours acculé à vivre au-dessous du niveau moyen.

A ces conditions fâcheuses, s'en ajoutent d'autres qui ne sont pas moins fâcheuses et qui découlent des premières.

Entre autres on peut constater le phénomène suivant : avec l'accumulation de la richesse, le profit s'acquiert en raison inverse du travail. Par exemple, plaçons un ouvrier en face d'un capitaliste. Le premier travaille huit heures, pour gagner à la fin de la journée, supposons une somme qui lui permet tout juste de se ravitailler, de procréer et de se maintenir sur pied tant que la nécessité du travail et le besoin du capitaliste l'exigent. Le second travaille admettons lui aussi huit heures, et si pour plus de simplicité et pour garder la symétrie dans la comparaison, nous calculons son revenu à la journée, nous dirons qu'il gagne cette fois dans une proportion infiniment plus considérable. On ne peut pas dire que ce capitaliste pour tirer un tel profit a travaillé autant de fois plus que l'ouvrier, puisque par hypothèse ils ont tous les deux travaillé également.

Donc, jusqu'au niveau du salaire de l'ouvrier, le capitaliste est rémunéré équitablement. Le surplus n'est plus le rendement de son travail, mais le profit de son capital, ce qui veut dire la part qu'il a prise, ayant loué son outil au travailleur, sur la part de ce dernier. Et tant que nous constatons dans la société, d'une part, l'existence du capitaliste qui détient l'instrument du travail, et d'autre part, l'ouvrier, qui, pour travailler est obligé de demander l'instrument de son travail au capitaliste, le profit du capital existe et il est injuste de demander au capitaliste de renoncer au profit de son capital. Il faut donc enlever le rempart qui existe entre le travailleur et l'instrument de son travail, en nationalisant au fur et à mesure ces instruments. La société capitaliste actuelle est tournée dans le sens que voici : le capital



possédé par le capitaliste n'ayant pas de bornes peut donner un profit illimité ; tandis que le travail étant borné, ne peut donner qu'un profit strictement limité. Le profit du capitaliste ne dépend nullement de l'effort qu'il dépense, du travail qu'il assume ou de la peine qu'il se donne, mais seulement et uniquement de la force que son capital lui procure. La vertu du travail est tout simplement niée.

Voilà quelques aspects de la question brièvement développés.

Tous ces vices du système capitaliste actuel grandissent en serre chaude par le nouveau phénomène qui est la succession. Le propre de la succession est de rendre les biens du *de cujus* à son héritier, c'est-à-dire le capital du capitaliste à son successeur. De là les résultats suivants :

1° d'abord au point de vue de la justice : l'héritier est récompensé d'un service qu'il n'a pas rendu ;

2° au point de vue de l'utilité sociale : par l'héritage on gagne le bonheur sans peine. Ce capital ne profite guère à son acquéreur. La dilapidation, le gaspillage et la fainéantise suivront ;

3° plus grave encore est la conséquence économique, et cela tout au moins aux deux points de vues suivants :

a) Le capital acquis par la succession donne à l'héritier des avantages exceptionnels par rapport aux autres. Ainsi dans la course de la vie, les uns sont armés contre les autres qui ne le sont pas. Le mal s'aggrave si l'héritier est incapable. Il est fort possible que le capital tombe entre les mains d'héritiers qui sont doués. Mais plus fréquemment ces héritiers sont complètement incapables. Tout se passe alors pour le plus grand dommage de l'économie générale. Etant donné que l'accumulation excessive de la richesse se fait entre les mains des capitalistes de moins en moins nombreux, étant donné que le nombre des héritiers de ceux-ci est, par rapport à la masse des travailleurs, infiniment petit, étant donné, enfin, que le talent peut exister aussi bien chez l'enfant du pauvre que chez l'enfant du riche, si nous considérons maintenant la richesse comme un moyen nécessaire pour la mise en œuvre de la vocation naturelle, nous sommes malheureusement amenés à conclure qu'une grande dose de capacité humaine reste complètement inexploitable.

b) Puisque le profit du capital est en raison directe de sa densité, c'est-à-dire, puisque le capital devient d'autant plus fructueux que sa masse est énorme, si, par des moyens artificiels,

tels que par exemple la succession, nous perpétuons la transmission éternelle du capital, nous aiderons à l'augmentation illimitée du profit du capital et nous développerons les désavantages du régime de la capitalisation. Car, si par l'héritage, le capital accumulé se transmet de mains en mains, il est facile de comprendre qu'au bout de quelque temps, sauf incapacité du détenteur ou quelques accidents catastrophiques, le montant du capital s'élèvera à une quantité énorme et les dangers augmenteront dans la même proportion.

Donc, si le régime capitaliste est un mal en soi, au point de vue des injustices qu'il engendre, le régime de l'héritage par le fait qu'il perpétue cette injustice, devient encore plus odieux. Mais étant donné que l'abolition de la propriété est dans les conditions actuelles, indésirable, l'abolition de l'héritage ne l'est pas moins, parce que tout le secret du travail et de l'épargne réside en elle.

Mais faut-il croire que l'on doit baisser servilement la tête devant les méfaits que ce régime nous procure ? Nullement. Si l'on ne souscrit pas à l'abolition pure et simple de telle ou telle institution c'est, ou bien parce que cette institution est un mal nécessaire, ou bien parce qu'elle contient quelquefois aussi des germes bienfaisants. Donc, la tâche consiste à tirer profit des points avantageux tout en essayant de diminuer les inconvénients. Nous n'avons pas grand'peine à déclarer que parmi la quantité des théories qui ont essayé de résoudre la question, une seule peut retenir l'attention.

Certes toutes ces théories proposent de résoudre le problème pour le grand bien de l'humanité. Mais on se rend facilement compte que chaque fois que dans l'énoncé d'une théorie on n'envisage qu'un seul des innombrables côtés du problème social, on risque de commettre une erreur.

L'autorité toute marquée de la phrase de Renan, s'expliquant sur la méthode à suivre dans les « sciences morales et politiques » est en ce point déterminante.

« La vérité en toute chose, dit Renan, étant extrêmement délicate et fugitive, ce n'est pas à la dialectique qu'il est donné de l'atteindre. En géométrie, en algèbre où les principes sont extrêmement simples et vrais d'une manière absolue, on peut s'abandonner au jeu des formules et les combiner indéfiniment,

« sans s'inquiéter des réalités qu'elles représentent. Dans les sciences morales et politiques au contraire, où les principes par leur expression insuffisante et toujours partielle, posent à moitié sur le vrai, à moitié sur le faux, les résultats du raisonnement ne sont légitimes qu'à condition d'être contrôlés à chaque pas par l'expérience et le bon sens. Le syllogisme excluant toute nuance et la vérité résidant tout entière dans les nuances le syllogisme est un instrument inutile pour trouver le vrai dans les sciences morales. La pénétration, la souplesse, la culture multiple de l'esprit, voilà la vraie logique ».

En matière économique, plus nuancée que toutes autres matières, où les éléments les plus divers et les facteurs les plus contradictoires interviennent à chaque pas, il ne faut pas envisager un seul des côtés du problème. Il faut donner, au contraire, à chacun le rang qui lui revient, et tirer de l'harmonie établie le résultat voulu.

Or, les théories dont nous parlions ne sont pas exemptes du défaut de l'exclusivité.

Avant d'aborder l'étude de la solution à laquelle nous souscrivons, nous examinerons quelques-unes des plus importantes théories qui ont essayé de résoudre ce problème. Nous les examinerons dans l'intention de mieux saisir leur carence, sans toutefois donner de longs développements à leur sujet. Il est nécessaire d'ajouter tout de suite que toutes ces solutions sont des solutions extrêmes. Elles préconisent ou bien le maintien du régime de la propriété actuelle, ou bien son abolition pure et simple. D'où leur insuffisance.

#### A. — *Ecole du libre exercice de la propriété*

Les partisans de cette école basent leur jugement sur un fond discutable. La propriété, à leurs yeux, étant un droit naturel irréfutable, son corollaire, à savoir disposer de la propriété d'une façon ou d'une autre, devient aussi nécessairement irréfutable. Or, donner par un testament, par exemple, n'est qu'une modalité de disposer de la propriété, et dès lors, un droit naturel.

Que penser de ces esprits qui, pour reprendre le terme de Renan, en matière morale et politique si fugitive à des calculs mathématiques, croient résoudre la question en partant d'idées fixes, et en suivant un raisonnement d'une sécheresse inquiétante,

veulent par le jeu combiné d'un syllogisme, en posant une majeur et une mineur, arriver à la conséquence fatale.

M. Charles Jacot, dans son intéressante thèse, en étudiant les bases philosophiques de la succession (1), nous dit que l'homme doit préserver son espèce. Or, cette préservation implique, dit-il, des moyens matériels pour l'acquisition desquels l'homme doit employer toutes ses forces. Si donc l'appropriation des biens est nécessaire pour la préservation de l'homme, il faut l'admettre et la défendre énergiquement.

A cet argument, on peut répondre que la possession des biens par l'homme est évidemment inévitable, puisque ces biens sont pour lui des moyens de vivre, et comme disent les partisans de l'école du libre exercice de la propriété, l'appropriation des biens est inhérente à la nature de l'homme. Mais cela ne veut pas dire que cette appropriation doit être sans conditions et sans réserves.

La nécessité de la possession des biens est évidente, la façon de cette possession est à discuter et à résoudre. Or, l'état actuel de nos sociétés condamne toute idée de la propriété exclusive, telle qu'elle a été définie par nos codes. Le problème de la production et de la consommation a pris une telle envergure que la liberté individuelle doit céder la place à l'initiative collective. En pareilles conditions à la vieille notion de propriété privée se substituera une nouvelle notion de la propriété qui n'aura pas beaucoup de ressemblance avec la propriété telle que les partisans de l'école du libre exercice de la propriété la conçoivent.

#### B. — *Théorie utilitaire*

Le système des penseurs qui souscrivent à l'utilité de la succession et du testament pour encourager le travail et l'épargne est plus fondé.

En effet, même dans des sociétés futures où les organisations économiques concilieront les intérêts de toutes les classes sociales, il est nécessaire qu'il existe un encouragement au travail qui puisse flatter les intérêts particuliers.

Mais si l'école utilitaire envisageait la question de la même façon, et si elle considérait la succession et le testament comme une mesure provisoire en attendant l'amélioration souhaitable,

---

(1) Ch. Jacot, *op. cit.*, p. 21.



il n'y aurait qu'à s'en réjouir. Mais il n'en est rien, et si la succession dans cette doctrine retient l'attention, c'est parce qu'elle est considérée en quelque sorte comme un corollaire intime de la propriété.

Alors on est en droit de répondre aux penseurs utilitaires — qui ne manquaient certainement pas de s'émouvoir aux malheurs de l'homme — que s'il y a des avantages dans la succession, s'il y a lieu dès lors de se déclarer, dans l'intérêt du travail et de l'épargne, partisan de la succession, n'y a-t-il pas en revanche d'autres considérations, qu'au nom même de la doctrine utilitaire, condamnent la succession et le testament pour encourager ce même travail et cette même épargne.

Combien d'êtres laborieux et doués qui, étant privés d'une succession fructueuse, se trouvent dans l'impossibilité d'engendrer par leurs dons naturels, leur intelligence et leur travail, la prospérité économique et sociale.

On sent néanmoins dans les écrits de Bentham un souffle autrement humain et bienfaisant. Bentham reste d'ailleurs conséquent avec la vraie doctrine utilitaire, lorsqu'il dit : « le bonheur public doit être l'objet du législateur ; l'utilité générale « doit être le principe du raisonnement en législation » (1).

Il écrit, et c'est à souligner, que : « Il n'y a point de *propriété naturelle*... elle est uniquement l'ouvrage des lois. »

Dès lors, d'après Bentham, le système successoral est fondé sur trois objets :

- 1° Pourvoir à la subsistance de la génération naissante ;
- 2° Prévenir les peines d'attente trompée ;
- 3° Tendre à l'égalisation des fortunes.

Le désir de pourvoir à la subsistance de la génération naissante et le souci de l'égalisation des fortunes sont pour la doctrine utilitaire « dans ce petit Etat qu'on appelle famille », ce que la complète attribution du salaire à l'ouvrier, et la nationalisation des capitaux sont pour les doctrines socialistes dans cette grande famille qu'est la nation. En effet, dans l'un et dans l'autre cas, on cherche à améliorer le sort de l'homme avec des moyens presque identiques, avec cette différence que le sujet de droit dans le premier cas est la famille, et le bénéficiaire l'héritier,

---

(1) Œuvre (trad. de Dumont), *Traité de législation civ. et pén.* Cf., Charles Jacot, *op. cit.*, p. 25.

tandis que dans le deuxième cas le sujet de droit est la nation, le bénéficiaire de ce droit étant n'importe quel membre de la société.

C. — *La négation de la succession, système de Lassalle*

Contrairement à toutes les doctrines de l'économie libérale qui partent toutes de l'idée de l'acceptation large de la propriété privée pour justifier chacune d'une façon différente la succession, la théorie socialiste du droit successoral rejette au contraire l'axiome de l'école libérale de la propriété privée et arrive à la négation pure et simple de la succession.

Dans son ouvrage intitulé « Les successions en droit comparé », M. Fildermann étudie entre autres doctrines socialistes, la théorie de Lassalle sur le droit successoral. Lassalle veut, en remontant au droit romain et au droit germanique, établir que « le testament n'est pas une institution de droit positif » (1).

En droit romain, pense Lassalle, l'héritier n'hérite pas du patrimoine du défunt mais de sa personne. C'est la transmission de la personnalité, « une personne revêt la peau d'une autre » (2).

La succession n'est donc pas un rapport juridique de l'héritier avec le patrimoine, mais un rapport entre l'héritier et la volonté du *de cujus*. Et si on voit dans la succession romaine parler du patrimoine, c'est parce que l'héritier remplaçant la personnalité du *de cujus*, « il est tout naturel que son patrimoine lui soit acquis » (3).

D'autre part, « entre les personnes qui composent la famille » existe « une identité substantielle de volonté » (4). Alors la volonté du testateur « apparaît comme l'acte propre de l'héritier même » (5).

Le *de cujus* n'a donc pas besoin d'indiquer son héritier, celui-ci existe avant même toute désignation individuelle.

Mais en ce qui concerne les agnats lorsque le *de cujus* n'a pas particularisé sa volonté, c'est l'idée de la volonté générale du

---

(1) Fildermann, *Les successions en droit comparé*, Paris, 1909, Larose et Tenin, édit., p. 79.

(2) Fildermann, *op. cit.*, p. 74.

(3) *Ibid.*, p. 74.

(4) *Ibid.*, p. 74.

(5) *Ibid.*, p. 74.

peuple qui survient. « En termes plus précis, écrit M. Fildermann, la volonté qui ne se particularise pas est la volonté générale » (1).

Alors on pourrait être conduit à penser que dans le système successoral romain « la succession légale est la règle » et la volonté arbitraire du *de cuius* l'exception. Ce n'est donc plus un droit de famille, mais un droit de cité. Le droit héréditaire ne devient vraiment un droit de famille que sous le droit prétorien lorsqu'on commence à fonder le droit de succession sur les liens du sang (2).

En droit germanique, au contraire, il y a l'acquisition *ipso jure* du patrimoine par l'héritier. Dans la succession *ab intestat*, il n'y a pas l'idée d'une transmission d'un droit nouveau, mais « la réalisation actuelle d'un droit de propriété qui existe en soi et dont l'héritier a fait l'acquisition dans un temps antérieur » (3).

C'est l'idée de l'application *ipso jure* du droit germanique, par opposition à l'acquisition par addition du droit romain. En droit germanique, l'héritier en tant que membre de la collectivité familiale a un droit latent sur le patrimoine collectif qui lui revient par le fait de son entrée dans la famille. « L'héritier, dit Fildermann, a le droit du vivant même du *de cuius* ; ...il a un droit au patrimoine, un droit de revendiquer dans la fortune collective la part que lui a valu son entrée dans la famille ».

Alors, tandis que le droit successoral romain est un droit de cité, le droit successoral germanique est un droit familial basé sur la copropriété. Tandis que le droit romain considère l'héritier comme le continuateur du *de cuius* et est à ce titre tenu *ultra vires hereditatis*, le droit germain ne voit en héritier qu'un copropriétaire des biens collectifs, et à ce titre il n'est tenu des dettes qu'*intra vires*.

Alors le testament en droit successoral germanique n'avait pas de sens ; car le testament présentant la volonté du *de cuius*, et les Germains ne connaissant pas la conception de la continuation de volonté, ils ne pouvaient pas évidemment donner une efficacité à cette volonté après la mort du *de cuius*. Ils avaient pris

---

(1) Fildermann, *op. cit.*, p. 75.

(2) *Ibid.*, p. 76.

(3) *Ibid.*, p. 78.

le testament romain pour un acte de donation entre vifs irrévocable qui instituait le donateur en usufruitier et le dépouillait de la nue-propriété des biens donnés. Mais il fallait expliquer le testament dans un milieu où l'on ne concevait pas l'idée de la volonté pour la dévolution héréditaire. On considéra le testament comme une « assignation sur la fortune » et on attacha à l'institution la maxime : « le mort saisit le vif » (1).

« Le Droit testamentaire moderne, dit l'auteur en rapportant les idées de Lassale, n'est ainsi, après tout, qu'un immense malentendu, une impossibilité théorique complète » (2).

Au point de vue historique, la succession n'a pris jour que sous l'influence de l'évolution de l'esprit « romain ». La disparition de cet esprit « a dépouillé le testament de tout son sens ».

Le testament n'a donc rien du droit positif. Dès lors, puisque le *de cuius* ne peut pas tester, c'est-à-dire manifester explicitement sa volonté, il ne peut pas, à plus forte raison, transmettre ses biens par une volonté présumée et tacite. La succession *ab intestat* se fondant sur la volonté du *de cuius* n'est pas plus possible que la succession testamentaire. Il devient donc clair que cette institution repose sur la volonté générale de l'Etat, laquelle règle la succession (3).

Telle est, au point de vue juridique, la réfutation de la succession par la théorie socialiste de Lassale.

Il n'est guère opportun de discuter le fond de la démonstration ingénieuse dont nous venons de tracer l'ébauche.

Le rejet pur et simple de la succession, sans avoir présenté un plan de transition évolutive de la société capitaliste actuelle à la société de demain, est une solution médiocre et ne peut pas retenir sérieusement l'attention.

Il ne faut pas se dissimuler l'insuffisance des propositions du genre que nous venons d'étudier schématiquement, quelques-unes à titre d'exemple, pour en démontrer les lacunes.

Certainement la succession, telle qu'elle existe aujourd'hui, est un mal qui ronge méthodiquement les entrailles sociales et contribue considérablement aux malaises moraux et physiques

---

(1) Fildermann, *op. cit.*, p. 79.

(2) *Ibid.*, p. 79.

(3) *Ibid.*, p. 80.



de nos sociétés. Son amendement s'impose. Certainement, aujourd'hui, ce n'est pas l'homme isolé qui forme l'objet du droit. La complexité des conditions de la vie fait dépasser l'existence de chacun du cadre de sa personnalité pour l'absorber dans le cadre de la vie sociale. Dans ce cas, prendre encore en considération les seuls objectifs de la vie individuelle, baser, par exemple, la succession ou telle autre institution sur la seule considération d'intérêt personnel ou des sentiments individuels, c'est méconnaître les exigences vitales de l'époque. Mais il ne faut pas méconnaître non plus d'autres vérités dignes de considération. Dans l'intérêt même de la masse des travailleurs, il faut reconnaître un stimulant au travail et à l'épargne, il faut toujours donner l'espoir de réaliser un gain et de rendre le travail productif. C'est pour cette raison que nous avons préféré la théorie, qui envisage tout à la fois et les côtés pratiques du problème, et les intérêts divers en présence. Elle essaie de les rapprocher. C'est la théorie de la progression dans le temps du droit successoral conçue par le savant italien M. Rignano, dans un ouvrage intéressant intitulé *Un socialisme en harmonie avec la doctrine économique libérale*, à laquelle nous arrivons maintenant.

#### D. — Droit progressif dans le temps

##### *Les méfaits du régime capitaliste*

Une amélioration du sort de l'humanité qui souffre des méfaits du régime économique, ce cesse jamais d'occuper l'esprit des penseurs. Cet état malheureux provient d'abord de l'écart immodéré qui existe entre le niveau de la vie des possédants, et des non-possédants, et, en second lieu, de l'insuffisance émouvante de moyens vitaux de la classe ouvrière.

Le premier point, c'est-à-dire l'écart entre la richesse des possédants et le dénuement des non-possédants est aujourd'hui plus grand que jamais. La force de capitalisation est arrivée à un niveau jusqu'ici sans précédent. Et les résultats infailliblement démoralisants de cet état, s'accroissent aussi bien chez les ouvriers assujettis à la misère et qui constatent non sans haine la force herculéenne des capitalistes usurpateurs, que chez les bénéficiaires des capitaux, eux-mêmes, qui par le fait de la succession propagent à outrance leur fainéantise éhontée.

Le second point, c'est-à-dire l'insuffisance des moyens pour subvenir aux besoins vitaux s'est peut-être amélioré aujourd'hui par certains côtés (1). Mais il n'en reste pas moins vrai que l'inégalité de répartition des richesses dans son ensemble a plutôt augmenté que diminué. D'autre part, les améliorations produites ne sont qu'occasionnelles, éparses et évasives et n'ont pas pu apaiser sérieusement les souffrances profondes des classes prolétaires.

Ce ne sont pas seulement des polémiques et des critiques jugées acerbes ou des diatribes inspirés d'une partialité de classe, qui, selon certains, tâchent de mettre à nu les infamies de l'injustice sociale, et les lois qui la soutiennent ; lois de la jungle, pense-t-on, fortifiant les forts et affaiblissant les faibles, ayant pour but de maintenir et de perpétuer cette vieille carapace dure et sèche des sociétés actuelles, cherchant à perpétuer cette confusion qui maintient les riches à côté des pauvres, les exploiters à côté des exploités ; ce ne sont pas, dirons-nous seulement, des voix comminatoires qui, avec leur langage désinvolte, veulent toucher à vif les vus étriquées des bénéficiaires du régime actuel.

Mais c'est encore la voix autorisée des savants écrivains non seulement socialistes ou de tendance socialiste, mais même ceux dont l'orthodoxie économique ne fait l'objet d'aucun doute, qui se fait entendre sur cette ulcération profonde de l'organisme social.

Evidemment, la moyenne générale des salaires ouvriers a aujourd'hui augmenté (quoique dans une faible mesure). « Jus-  
« tement dans les pays capitalistes les plus avancés, il n'est plus  
« possible de constater une progression générale de la misère  
« physique ; tout montre, au contraire, que la misère physique  
« y diminue. La classe ouvrière y vit mieux aujourd'hui qu'il  
« y a 50 ans » (2).

Mais si on envisage la question du côté de l' « inégalité qualitative » de la répartition de la richesse (3) et si l'on s'arrête un instant sur les résultats malheureux que cette inégalité produit en répandant, d'une part une quantité plus grande de jouis-

---

(1) Voir M. Rignano : *« Un socialisme en harmonie avec la doctrine économique libérale »*, Paris, 1904, p. 161.

(2) Le marxisme et son critique Bernstein, Paris, Stock 1900, p. 221.

(3) Pour l'inégalité qualitative voir pp. 162 et ss. de Rignano.

sances superflues parmi un nombre moindre de capitalistes, et en diminuant, d'autre part, dans la même proportion la possibilité de satisfaire aux besoins urgents d'un nombre plus considérable de prolétaires ; si l'on considère en conséquence la croissance continue de l'oisiveté, résultat fâcheux mais inévitable de l'aggravation de cette inégalité, on comprend enfin que dans son ensemble le fait consiste dans « la diminution du bien-être total » (1), et l'amélioration prétendue n'est, au moins pour une grande partie du prolétariat, que « très légère » (2) ou « même souvent tout à fait nulle » (3).

Le paupérisme ouvrier, les conditions désavantageuses de l'habitation et de nourriture causent l'affaiblissement physique, les maladies les plus diverses et la mortalité excessive.

M. Rignano écrit au sujet de la situation lamentable des habitations ouvrières : « Si le paupérisme, où sombrent tant de vies « laborieuses, se mesure au chiffre des statistiques de la charité « légale ou privée, la gêne, habituelle rétribution du travail « assidu, peut se mesurer aux conditions des habitations ouvrière- « res... » (4).

L'auteur donne à ce sujet des chiffres émouvants de statistiques selon lesquelles dans les villes qui représentent aujourd'hui la civilisation européenne, les gîtes de familles entières de la masse ouvrière, consistent dans des taudis, dans des mansardes et dans des pièces qui ne sont que des masures délabrées abritant à la fois plusieurs personnes entassées les unes sur les autres, exténuées par la faim et le froid, et attaquées par les maladies les plus cruelles qui déciment impitoyablement le nombre de ces malheureux.

L'auteur finit ses chiffres par ce cri de commisération : « Si « l'entassement dans les habitations permet à la statistique de « représenter au moyen de chiffres la misère actuelle (5) il ne « révèle pourtant qu'un des aspects, et non le plus horrible de « la vie des indigents. Les taudis où s'entassent cinq ou six « personnes, abritent la faim chronique, l'épuisement, les mala-

---

(1, 2, 3) Rignano, *op. cit.*, p. 166.

(4) *Ibid.*, p. 175.

(5) L'auteur parle de 1903. Les changements d'après-guerre ont amené des améliorations.

« dies, l'abrutissement, la douleur sous toutes ses formes, à tous ses degrés : et tous ces maux échappent aux recherches les plus patientes du staticien. Le monde entend à peine un faible écho des pires souffrances » (1).

Dans ce désordre à l'extrême, ni la dextérité et l'habileté, ni l'intelligence et l'honnêteté ne peuvent fournir un indice sûr de succès dans la lutte pour la vie.

Par le fait de l'intrusion d'éléments qui tiennent plutôt du hasard que du calcul, tout est faussé ; et dans une matière où, pour profiter, on est en droit de compter plus qu'ailleurs sur l'effort, on est frappé de constater que la veulerie et l'inactivité deviennent quelquefois sources de succès inattendus.

Et dans la misère que le système économique actuel nous procure, combien d'âmes périssent ou s'avalissent avant de connaître le charme et la douceur de la vie heureuse que le sort a dispensé à une poignée d'autres.

Si on pouvait dessiner l'horreur de la misère qui règne féroce sur ces troupeaux d'êtres humains, qui, sous l'effet des tiraillements de la faim perdent toute moralité, l'intelligence et même la conscience de leur existence, jusqu'à ne plus discerner l'horreur des vices, de la candeur des vertus, si on pouvait rendre palpable et faire tomber sous les sens, les horreurs d'une telle misère, on rendrait moins intransigeants les intérêts opposés en question.

Mais le malheur sait très bien trouver son gîte ; il frappe ses victimes isolément. On doit le découvrir dans les cœurs qu'il a ensanglantés et quoique ses traces meurtrières laissent deviner son existence, les yeux assombris par la cupidité de l'intérêt ont quelquefois peine à les découvrir.

M. Rignano cite, dans son ouvrage, les différents passages d'un rapport préparé sur les conditions des maisons ouvrières, par une commission appelée « Commission Royale de Londres ». Ce rapport, rédigé par la commission sous la présidence de lord Shaftesbury ne manque pas, par sa simplicité même, de plonger l'âme dans une douleur profonde. Les résultats néfastes du logement unique, tant aux points du vue physique que moral réunissant les adultes, parents ou étrangers dans une même pièce, l'immoralité, les cas d'inceste et les prostitutions, conséquences

---

(1) Rignano, *op. cit.*, p. 177.



irréductibles de cet entassement, la mortalité infantile, suite des maladies congénitales ou autres causées par le paupérisme, la fébrilité de santé chez les adultes, la diminution des forces vitales, la débilité et l'abrègement de la vie, les maladies épidémiques et contagieuses, conséquences nécessaires de l'agglomération, de la pauvreté et du défaut total d'hygiène, le manque de nourriture suffisante qui ronge méthodiquement le corps et en fait la proie des maladies, le manque de chaleur qui gêne la circulation du sang et répand le froid sur les corps affamés, effets mal-faisants de l'air glacial et de l'humidité sur ces corps à demi-morts et mal couverts, l'empoisonnement que l'air impur cause dans l'organisme, voilà quelques-uns des points que la Commission a essayé d'expliquer dans la mesure où la misère se prête à examen (1).

A entendre le rapport de la Commission, on se croit sous l'empire d'un cauchemar. Si c'est à cette fin que le destin doit conduire l'homme, si l'âge de misère est l'âge final, ce n'est vraiment pas la peine de l'appeler emphatiquement « l'âge d'or ». Non, cela semble impossible, et il y a un idéal plus élevé pour l'homme.

On ne peut pas croire que l'homme se cramponne à la vile obsession d'intérêt au prix même d'un fraticide conscient.

Ce serait pour la civilisation un coup de Jarnac qui plongerait le monde dans un mortel abîme.

Si donc, les organisations actuelles n'ont pas encore pu apporter un remède efficace aux douleurs qui crispent nos sociétés, c'est parce que la complexité du problème est au delà des mesures ordinaires. Que des intérêts rivaux sont en cause qu'il faut concilier sans les irriter.

Certes, des esprits pharisaïques ne manquent pas de s'accrocher aux vieilles méthodes dont ils sont tributaires. Mais force est de rejeter leur credo et devant les solutions raisonnables, leurs méthodes, dont les désavantages sont évidents ne pourront certes pas résister. Le succès des organisations ouvrières des ères nouvelles et la voie qui semble se frayer pour l'accomplissement de ce but, nous apportent sur ce point d'abondants témoignages.

---

(1) Voir pp. 178 et ss. Rignano.

Evidemment, au prix de combien de sacrifices et dans quelle mesure ces résultats sont atteints. Entre la force dépensée et le résultat obtenu, la proportion est, comme on le dit, « comme entre la pechblende et le radium » (1). Mais cela ne doit que renforcer notre foi dans la force de l'action. L'obtention des résultats ne dépend que de cette action appuyée sur cette force.

Le parti que l'on prend sur le droit successoral est le jalon à coup sûr le plus solide dans cette voie.

*Exposé de la théorie du « droit progressif dans le temps »*

Nous connaissons la théorie de la plus-value de Marx : le capitalisme paie la force du travail à base du coût de la production et non pas à base de la valeur créée. Or, cette valeur mesurable par le temps normalement employé pour la production de l'objet qui la représente est supérieure au coût de cette production « Car la force de travail possède ce singulier privilège *de produire plus qu'elle ne coûte* » dit Massart (2). Cette différence est, selon la terminologie de Marx la plus-value. Elle forme le profit du capitaliste au lieu qu'elle devrait revenir à l'ouvrier. L'ouvrier est ainsi frustré pour le montant d'une somme qui se traduit par l'écart entre le salaire touché par l'ouvrier et la valeur réelle de l'objet ajoutée à la force du travail.

Nous connaissons, d'autre part, les critiques formulées contre cette théorie. Ce n'est pas l'endroit de les rapporter toutes. M. Rignano dit à ce sujet : « que cette théorie marxiste de la valeur-  
« renouvelée, en somme, de Ricardo, est exacte quand on l'appli-  
« que uniquement au capital salaire et en faisant abstraction  
« de tout phénomène de rente ricardienne différentielle ou de  
« monopole. Mais l'intervention du capital technique (fixe ou  
« variable) augmente le prix de revient des marchandises de  
« tout le montant d'un loyer de ce capital » (3). Alors l'ouvrier est totalement rémunéré, mais le loyer du capital technique fait que l'achat des denrées devient sensiblement plus cher que le salaire que l'ouvrier a touché pour la production de ces denrées. En d'autres termes, l'ouvrier n'est point spolié à l'occasion de

---

(1) Victor Margueritte sur Aristide Briand, E. Flammarion, éd., p. 268.

(2) Massart : *Critique du marxisme*, Gand, 1914, p. 27.

(3) Rignano, *op. cit.*, p. 3.

la production, mais il l'est à l'occasion de la consommation, c'est-à-dire que les denrées que l'ouvrier se procure contre le gain de son travail sont enchéries d'une somme représentant le profit des capitaux techniques. C'est l'intérêt des capitaux qui ont servi à la production de ces denrées et qui, ajoutés à leur prix, les rend plus chers que leur coût de production.

« L'achat de la force de travail au prix coûtant, dit Rignano, « tel est le trait essentiel du régime du capital. Comme il n'y « a pas de rapport nécessaire entre le minimum de subsistance « indispensable à l'entretien de cette force et sa plus ou moins « grande productivité, l'accroissement de celle-ci, dû à de mer- « veilleuses inventions techniques, ne peut aucunement, en fait, « profiter à l'ouvrier » (1).

Quoi qu'il en soit, dans l'une ou dans l'autre théorie, on constate le fait indéniable que l'ouvrier en travaillant avec les outils appartenant à une autre personne est obligé de céder le produit de son travail à un prix inférieur à celui qu'il aurait eu si le loyer des instruments de la production n'absorbait pas une partie des fruits de son travail, c'est-à-dire si ces instruments, au lieu d'être entre les mains du capitaliste étaient à la disposition du travailleur.

Aujourd'hui, entre les instruments de travail et le travailleur lui-même, il y a une séparation, et cette séparation met l'ouvrier à la merci du capitalisme tant au point de vue de son embauchage qu'au point de vue de sa rémunération. Cette rémunération est le résultat du régime capitaliste ; le rendement que le travail devrait procurer à l'ouvrier ne lui revient pas entièrement. Ce régime va faire bénéficier au contraire les détenteurs de ces instruments qui ont l'avantage d'avoir la clé mystérieuse du trésor entre leurs mains.

« ...C'est le triomphe du capital qui a créé les pires misères de la classe travailleuse et les iniquités de son exploitation : si les unes et les autres ne sont plus à leur comble, comme au moment où, à l'essor du régime actuel, Marx le flagellait de l'étalage de son infamie, elles n'en subsistent pas moins et ne se sont guères adoucies » (Rignano, pp. 6-7).

A combien de résultats fâcheux donnent naissance une pareille agglomération de richesses.

---

(1) Rignano, *op. cit.*, p. 4.

La force d'auto-production du capital (1), l'accroissement de la dette publique (2), les spéculations les plus hardies (3), l'émigration des capitaux, les crises périodiques, résultats de l'inexistence d'harmonie entre la production capitaliste et la consommation (4), telles sont quelques conséquences inévitables de cette séparation et son agglomération entre les mains d'un nombre limité de capitalistes.

De tous les maux que nous venons de citer, le premier, c'est-à-dire la force d'auto-production et d'auto-fructification du capital est le pire. Il est le centre de gravité de toutes les conséquences qui découlent du régime capitaliste, ou plutôt c'est lui qui donne naissance à ce régime.

Même si nous faisons abstraction des origines d'acquisition d'un capital (acquisition qui, la plupart du temps, ne dépend nullement d'un effort méritoire, mais simplement d'un heureux hasard), dès que l'on est en possession d'un capital on peut, sans dépenser aucun effort, ni même se signaler par une particularité quelconque, intellectuelle ou physique, mettre en valeur son capital et en tirer profit par le fait même de sa possession. Et puis, autant le profit rend le capital volumineux, autant sa force d'exploitation s'intensifie et autant la densité de sa masse devient compacte pour donner naissance à de nouvelles sources de profit.

On veut justifier la possession du capital en disant que le capital est le travail accumulé. De même qu'il est juste que celui qui travaille ait le droit de dépenser le fruit de son travail, de même, il est juste qu'il ait le droit de l'accumuler, de l'épargner ou de le mettre en profit pour produire de nouvelles richesses. En cela, pourrait-on dire, cette personne est plus utile à la société que si elle dépensait toutes ses richesses.

Lorsqu'on justifie une chose en la comparant avec une autre, la base de la comparaison doit rester dans les deux cas la même.

Lorsqu'on justifie le droit de dépenser librement le bénéfice du travail, c'est parce qu'en le faisant on ne dépense vraiment que ce qu'on a gagné par le travail. On peut aussi bien dépenser ce revenu que l'accaparer en vue d'une dépense ultérieure. Mais lorsque la société a donné artificiellement à la richesse accu-

---

(1) Rignano, *op. cit.*, p. 8.

(2) *Ibid.*, p. 5.

(3) *Ibid.*, p. 14.

(4) *Ibid.*, pp. 7 et 11.



mulée un titre autre que la possibilité de consommation, lorsqu'on lui attribue de cette façon la vertu d'en procréer de semblables, il devient évident que la justification n'est pas aussi facile que lorsqu'il s'agissait de la consommation ou d'une épargne en vue de la consommation ultérieure.

Il est plausible d'épargner ou d'encaisser cette épargne au guichet d'une banque, de la retirer pour subvenir à nos besoins, ou même de la remettre à quiconque, comme il nous semble bon. Le gratifié dépensera cette somme, non pas évidemment parce qu'il l'a méritée par son travail, mais parce qu'il était l'objet de notre affection. Si le résultat du travail de quelqu'un sert à rendre heureux quelqu'un d'autre, dans la mesure où la moralité sociale n'est pas atteinte, il n'y aura pas de mal. Certainement si le fils d'un père travailleur comptait non pas sur l'épargne du père mais sur son travail propre, ce serait digne d'approbation. Mais une foule de considérations militent pour laisser dans ce monde une certaine marge pour la réalisation des désirs légitimes de l'homme. Donc la dépense du fruit d'un travail, tant qu'elle reste dans le cadre de pure consommation est admissible quelles que soient les formes sous lesquelles elle s'accomplit. Mais si on dépose, par exemple, l'argent en banque et que l'on touche à titre d'intérêt, sans le moindre effort, un pourcentage sur la somme déposée, c'est-à-dire en somme si on utilise le capital pour acheter la force du travail de l'ouvrier, tout en se réservant une part du profit qui se porte ou bien sur le résultat du travail de l'ouvrier, ou bien sur la valeur de l'objet produit, ne pense-t-on pas que l'iniquité et l'injustice avec ce système est énorme ? Car d'où vient enfin le profit du capital ? Ce profit est-ce autre chose qu'une part qui devrait revenir au travailleur ? Que le capitaliste l'eût prélevé directement sur le résultat du travail de l'ouvrier, ou bien qu'il l'eût obtenu sur l'augmentation de la valeur des objets produits, dans l'un comme dans l'autre cas c'est un prélèvement injuste qui devrait équitablement revenir à l'ouvrier.

Donc, le mal ne réside pas dans la possibilité de l'épargne ou la jouissance éventuelle de la richesse par une personne autre que le producteur.

Il réside, au contraire, dans la transformation du capital salaire propre à consommer, en capital technique, propre à produire dans l'intérêt exclusif du capitaliste. Et c'est ce danger, —

source de tous les vices — qui a amené certaines catégories de socialistes à penser au système des bons de travail.

### *Critique du système des bons de travail*

Certainement dans l'état normal des choses, la meilleure solution serait de distinguer entre la richesse de consommation et la richesse de production, en mettant cette deuxième catégorie entre les mains d'un organisme social et en chargeant cet organisme de l'entretien et de la mise à la disposition des travailleurs de cette deuxième catégorie de richesse. Cet organisme doit veiller, d'autre part, à l'harmonisation des deux facteurs de production et de consommation. Il doit rémunérer intégralement, sauf les dépenses d'entretien et d'amélioration du capital technique, le travail, sous forme des « bons » aptes à procurer les richesses de consommation et nullement un capital de production. Ce procédé rend de cette façon la totalité du fruit du travail au travailleur en supprimant le rempart qui existait entre celui-ci et ses instruments de travail.

Dans ce système, chacun travaillant selon ses aptitudes, sera rémunéré suivant l'effort et le courage qu'il mettra en œuvre.

Mais cette rémunération qui est la valeur juste du travail accompli — étant donné que la part des intermédiaires, c'est-à-dire le profit des capitalistes, est rejeté — n'aura plus la force de production de nouvelles richesses parce qu'elle ne représente que la richesse de consommation. Elle donne à son possesseur, non pas la possibilité de produire de nouvelles richesses, mais d'acquérir, au moment où il lui semble bon, une quantité équivalente des richesses de consommation. Il peut aussi accaparer ces titres tant qu'il le voudra, sauf un délai de prescription pour éviter des crises économiques et des états anormaux de production et de consommation. Il pourra aussi les remettre à autrui entre vifs ou après décès, toujours sous réserve de prescription. Tout cela n'est que trop juste si des objections très graves ne se présentaient pas à ce système. Il n'est pas nécessaire de les citer toutes ou entrer dans leur détail pour saisir l'inefficacité du système. A part une impossibilité matérielle de distinguer entre le capital productif et le capital consommable, qui rend à elle seule l'application du système illusoire, étant donné que l'initiative privée est atteinte et que l'épargne, dénuée de son effet magique,

perd le secret des progrès économiques actuels, l'ensemble devient un château de cartes qui ne tient plus debout. Car il s'agit précisément de réconcilier l'épargne et son pouvoir de productivité avec la nécessité de rendre à l'ouvrier tout le fruit de son travail.

*Encourager le travail par l'épargne et tempérer ses effets  
en frappant la succession*

Si on enlève la possibilité d'épargne aux individus, et si on interdit la production sous sa forme actuelle, dont l'initiative privée est l'un des traits les plus caractéristiques, le problème de la production sera fortement compromis.

D'autre part, si on donne libre cours à la forme actuelle de la production avec le régime capitaliste qui sévit dans nos sociétés, les iniquités qu'il engendre deviennent inadmissibles. Mais ces iniquités, comme nous l'avons vu, sont le résultat de la force d'auto-production du capital.

Cette force est d'autant plus énorme que le capital qui lui sert de base est volumineux. Mais la densité des capitaux ne constitue pas un mal en soi, puisque c'est elle qui donne l'essor à l'économie contemporaine. Au contraire, elle est devenue nuisible parce qu'elle fait bénéficier non pas la société entière, non pas les travailleurs, mais seulement des capitalistes. Donc, si nous faisons les choses de façon à ce que d'abord la masse des capitaux ne diminue point, mais qu'au lieu de profiter au capitaliste, elle profite à l'ensemble de la société, et d'autre part, si nous pouvions donner à la propriété privée, à l'épargne, à l'initiative individuelle et au travail leur élan, tout en les accommodant avec les intérêts de la masse ouvrière, et enfin, si nous arrangions les choses de sorte que le travailleur puisse profiter de la totalité du résultat de son travail, nous pourrions arriver à la conciliation que nous attendons. Examinons donc si ces arrangements sont possibles.

Pour que la dimension des capitaux techniques et la force qu'ils engendrent dans la production ne diminuent point, on doit laisser la formation des capitaux de moyenne et de haute importance complètement libre. Même si on ne rejette pas l'axiome de « l'Etat mauvais marchand, l'Etat mauvais ouvrier », même si l'on admet pour la réalisation d'un plan con-

cernant la production et la consommation des richesses, une sorte de tutelle accentuée de la part de l'Etat, on doit reconnaître que l'étouffement de l'initiative privée serait une perte considérable pour l'ensemble de l'économie sociale.

Mais ici il faut voir quelle destination nous allons réserver aux capitaux qui se sont ainsi constitués par les individus qui ont collaboré à l'élévation de la somme totale de la production.

La formation de ces capitaux a deux destinations distinctes ou plutôt opposées. D'abord une destination immédiate et ensuite une destination médiate. La première consiste à faire profiter le capitaliste des travaux qu'il a mis sur pied et lui remettre le profit de ses capitaux. La seconde serait de faire profiter la collectivité des bénéfices ainsi réalisés par le capitaliste.

Cela veut dire d'abord, étant donné que l'intérêt est pour les capitalistes le stimulant le plus fort qui puisse exister, ceux-ci mettent inlassablement en œuvre une franche et hardie activité des cerveaux humains dans toutes les branches de productions. En cela, les organisations économiques dont nous avons pu, avec le système de capitalisation, nous entourer, ne seront plus entravées. Car le capitaliste encouragé par l'espoir du profit, demain comme hier, travaillera et mettra en pratique dans l'avenir, comme dans le passé, toutes les subtilités de l'esprit de calcul et d'invention avec le même acharnement.

Évidemment, pour cela, il doit être assuré que les bénéfices qu'il a réalisés seront respectés non seulement tant qu'il vivra, mais aussi après son décès, tant que les êtres au bonheur desquels il est attaché, resteront au monde. Ces personnes disparaissent ordinairement à la deuxième génération. On ne s'attache qu'au bonheur des enfants qui ont vu le jour pendant l'existence de l'auteur commun. L'aiguillon de l'activité est de cette façon maintenu. Mais il y a un calcul psychologique à signaler. C'est que, si avec la troisième génération les capitaux reviennent d'un seul coup à l'Etat, en ne tenant même aucun compte du privilège immérité que les deux premières générations auront sur la troisième, une interruption aussi brusque impressionne à la fois les héritiers et le défunt. Tandis que si le prélèvement sur ces capitaux se réalise par échelons, les résistances seront moins acharnées.

C'est ici l'essence de la proposition de M. Rignano qui, après avoir établi la nécessité de la suppression de toute barrière entre



l'ouvrier et l'instrument de son travail, et la nécessité non moins évidente d'encourager le travail et l'épargne, veut dans un ensemble de propositions qui cadre parfaitement avec son système, et que nous étudierons plus loin, établir un impôt progressif dans le temps sur la dévolution héréditaire. Il donne à titre d'exemple, un héritage délaissé par le *de cujus* sur lequel l'Etat prélève, par exemple  $\frac{1}{3}$ , tandis que les  $\frac{2}{3}$  vont à l'héritier du premier degré qui, à son décès, verra sa succession répartie en deux catégories distinctes. L'une est celle qu'il avait lui-même héritée, et l'autre qu'il avait acquise par son travail propre. De la première, l'Etat prélèvera  $\frac{2}{3}$  ce qui fait  $\frac{2}{3}$  des  $\frac{2}{3}$  précédemment hérités, c'est-à-dire  $\frac{4}{9}$  qui, ajoutés au  $\frac{1}{3}$  ou  $\frac{3}{9}$  déjà prélevés par l'Etat à l'occasion du premier décès donnent un total de  $\frac{7}{9}$ . De la seconde, l'Etat prélèvera seulement  $\frac{1}{3}$ . Donc, nous voyons que déjà à la deuxième transmission, une forte quantité de l'ancien héritage est remise à l'Etat. A sa troisième transmission, c'est-à-dire, lorsque vient le tour de l'arrière-petit-fils qui doit succéder, l'Etat ne lui laisse du premier héritage aucune part. L'héritier doit simplement obtenir la succession de son père à raison de  $\frac{2}{3}$  et celle de son grand-père à raison de  $\frac{1}{3}$  des  $\frac{2}{3}$  de l'ancien héritage. La succession de l'arrière grand-père est engloutie complètement par l'Etat sans qu'aucun intérêt sérieux soit vraiment compromis. La progression de  $\frac{1}{3}$ ,  $\frac{2}{3}$ ,  $\frac{3}{3}$  est donnée par l'auteur, à titre d'exemple « ...On en pourrait choisir, dit-il, mille autres » (1). D'autre part, le point important qui va de soi, mais qu'il faut cependant souligner, est que les biens hérités par les individus et ceux acquis à la suite de leur propre travail, se confondent évidemment dans le courant de leur vie. L'Etat dans le prélèvement de l'impôt doit tenir compte, non pas de l'origine des biens, mais de leur masse globale. Il considère les patrimoines successibles quantitativement et non pas qualitativement.

Voilà comment les deux buts immédiats et médiats, c'est-à-dire, d'une part, la formation des capitaux, et d'autre part, l'encaissement de ces capitaux par l'Etat en fin de compte, sont réalisés.

Le souci très louable des individus de procurer le bonheur à leurs enfants, est, de cette façon assuré, puisque l'homme,

---

(1) Rignano, *op. cit.*, p. 43.

quelque prévoyant qu'il soit, et quelque affection qu'il professe à l'égard de ses descendants, n'envisage pas le monde sans bornes. Ses vues sont nécessairement limitées d'abord aux objets qui l'entourent, et, ensuite, aux facteurs d'espace et de temps, qui, en réalité, n'existent que par rapport à l'homme. D'autre part, les considérations d'ordre économique, telles que le travail et l'épargne sont aussi sauvegardées au maximum.

Si nous permettons donc la formation des capitaux moyennant des procédés existants dont nous les connaissons par ailleurs les défauts, et c'est justement pour les faire disparaître que nous cherchons le remède, et si, moyennant un impôt progressif nous tendons notre effort vers une sorte de confiscation graduelle des capitaux produits, confiscation certes restée inaperçue au producteur de ces capitaux, et à ses héritiers immédiats, nous arrivons par ce procédé à donner à la fois une entière satisfaction aux capitalistes, c'est-à-dire en somme, au travail et à l'épargne, et à l'augmentation perpétuelle et considérable de la richesse sociales moyennant le retour périodique des capitaux à la collectivité entière. Les capitalistes sont ainsi des poules aux œufs d'or auxquelles il ne faut pas tordre le cou.

Mais ce retour des capitaux à la collectivité en quoi peut-il nous avancer dans notre but essentiel qui est celui d'améliorer le sort de l'ouvrier et de lui faire attribuer le résultat total de son travail.

Certes avec ces impôts ainsi prélevés, le trésor public s'enrichit et l'Etat pourra évidemment mieux pourvoir à ses besoins. Il n'y aura pas de déficit budgétaire et les dépenses administratives seront certainement assurées. Mais quel rapport y aura-t-il entre l'enrichissement de l'Etat et l'intérêt de l'ouvrier qui consiste à gagner la totalité du résultat de son travail ?

Voilà comment on peut concevoir ce rapport.

Les prélèvements sur la succession auront une destination complètement déterminée. Ces capitaux serviront à la formation des instruments de travail nécessaires à l'ouvrier.

La collectivité, c'est-à-dire en somme l'Etat, mettra ces capitaux au fur et à mesure de leur obtention entre les mains des organisations ouvrières et des syndicats de divers genres qui les mettront ensuite à la disposition directe des ouvriers et des membres affiliés, de façon à ce que l'ouvrier puisse rester en contact

avec les instruments de son travail sans être obligé de payer un loyer au capital technique.

Toutes les mesures qu'on doit prendre pour prévoir l'immunité du travail et de l'épargne n'envisagent donc que ce seul but : Etant donné que le régime capitaliste actuel est odieux, étant donné aussi qu'une agglomération intense des capitaux est nécessaire pour assurer le problème de la production, étant donné, enfin que cette force productive des richesses n'est pas encore concentrée entre les mains de la collectivité, et que d'autre part, si dans l'état actuel des choses la société voulait acquérir ces capitaux, il lui faudrait ou bien procéder par l'expropriation — nous n'entrons pas dans le détail de ses désavantages tellement ils sont connus et réfutables, — ou bien procéder par un rachat qui est, en tant que remède, pire que le mal, il devient donc évident que le dernier moyen qui reste à notre disposition, c'est de former nos instruments de production moyennant une sorte de confiscation échelonnée en plusieurs étapes sous forme d'impôt sur la succession. Cet impôt commence par une portion relativement faible et continue à grandir pour engloutir, au bout d'un temps dont la durée et les modalités dépendront d'une disposition légale, toute la richesse accumulée d'une personne et la mettre à la disposition de la société.

De cette façon au fur et à mesure de la formation de nouveaux capitaux, dont nous avons même accéléré la marche — puisque le producteur est dans ce système plus que jamais avide de produire afin de pouvoir réaliser sur une grande quantité de production le minimum de bénéfices à lui reconnu par l'Etat — ce dernier, par le fait de la nationalisation des capitaux, fera disparaître le rempart qui, dans le régime capitaliste sépare l'ouvrier de ses instruments de travail. Par son plan d'harmonisation entre la production et la consommation l'Etat veillera naturellement sur l'éventualité de la surproduction et les industries privées seront légalement astreintes à coordonner leurs travaux au plan économique de l'Etat.

Nous assistons ainsi au relèvement économique de la situation ouvrière par l'attribution totale du résultat de son travail, si toutefois l'ouvrier est affilié aux organisations ouvrières, auxquelles les capitaux techniques sont remis moyennant la nationalisation des capitaux. D'autre part, la production de la richesse par les initiatives privées sera toujours tolérée sous con-

dition des modalités posée par la loi. Enfin, la formation monstrueuse des capitaux privés sera pratiquement impossible par le fait de la nationalisation continuelle et espacée des capitaux qui alimenteront dans la même proportion la masse des capitaux collectifs. Le niveau de la vie ouvrière amélioré, l'exploitation de la force de travail par les capitalistes diminuée, le profit des capitaux techniques privés limité, voilà les éléments qui contribuent au rapprochement du niveau de la vie des classes extrêmes dans la société. L'aisance de la vie se développe et s'éparpille également dans toutes les classes sociales. Ces améliorations ne s'appliqueront guère que si le rôle de l'économie dirigée par l'Etat est assuré.

*Incompatibilité de la succession avec l'étatisation des capitaux*

Arrivé à ce point nous voyons maintenant d'une façon claire que le tort n'est attribuable qu'à une seule institution : la succession.

La propriété privée a ses avantages et ses inconvénients. Elle est en tout cas inhérente à l'état de choses actuel. Au contraire, la succession est l'institution qui n'engendre que du mal. Elle ne peut en aucune façon donner d'avantages ; et les systèmes qui se proposent de la légitimer juridiquement, en disant que c'est la conséquence forcée de la propriété, ou biologiquement en se basant sur les devoirs des parents envers leurs enfants, ne sont vraiment que trop faibles dans leur esprit.

« La propriété, dit Wagner, n'est pas un droit, mais un ensemble de droits variables en nombre, en étendue et en qualité ». Et M. Wagner, dit Rignano, distingue précisément dans le droit de propriété les cinq droits suivants : d'usage, de contrat, de donation, d'héritage (droit de tester) et d'accumulation.

« Le droit de donner et celui de tester... pourraient en être retirés séparément ou à la fois, et partiellement ou totalement sans que ce droit, dont deux éléments auraient disparu ou se seraient modifiés, cessât d'être un système bien défini constituant un arrangement de la propriété » (1).

Spencer dans la justice présente le droit de tester sous une forme qui pourrait « aisément induire en erreur », comme le dit

---

(1) Rignano, *op. cit.*, p. 27.



M. Rignano. Il dit que le donateur ou le testateur en donnant ou en léguant ce qu'ils ont épargné n'aliènent « rien qui appartienne à d'autres » (1).

Et M. Rignano de répondre :

« L'apparence de solidité d'une telle objection tient à une « double erreur : celle de méconnaître la réelle situation de « l'ouvrier, économiquement séparé de l'instrument de production, condamné par conséquent à se faire exploiter par les « capitalistes ; et celle d'assimiler les biens de consommation « aux capitaux (instruments de production ou avance de fonds) « de manière qu'on néglige de considérer l'inévitable transformation de l'épargne en capitaux » (2).

Si l'épargne ne se formait que sur des objets de consommation, on ne s'occuperait guère de qui les consommera. Elle pourrait alors sans danger, comme le veut Spencer être remise par l'individu à son héritier. Mais avec le système de transformation de l'épargne en capitaux techniques, même si cette épargne s'est réalisée par les moyens les plus honnêtes, par le travail, par exemple, le donateur ou le testateur en la donnant ou en léguant dépassent la mesure de don et le legs, et aboutissent à donner aux bénéficiaires de l'acte la possibilité d'exploiter la force du travailleur.

Ainsi le point de départ dans la lutte pour la vie pour chacun sera différent. Nous sommes en présence d'une quantité de moins en moins nombreuse de privilégiés entre les mains desquels les richesses colossales nécessaires à assurer les moyens de la vie de la majorité des hommes se sont accumulés. Les enfants des riches possèdent ainsi dès leur naissance des moyens dont les enfants des pauvres sont démunis. Ils ne sont pas seulement démunis, mais il sont par suite des nécessités vitales placés entièrement à la merci des pouvoirs des capitalistes. Une enfance malade, une jeunesse servile, une vieillesse malheureuse, telles sont les sombres péripéties de la vie ouvrière. En revanche, en face de cette majorité pitoyablement étiolée, il existe une minorité dont la force magique de la richesse déploie aux yeux de ces malheureux tous les raffinements du plaisir, du luxe et de la luxure. De sorte, qu'à la fin, blasés, ces martyrs

---

(1) Spencer, *Justice*, p. 146.

(2) Rignano, *op. cit.*, p. 28.

de l'opulence, ne trouvent plus, malgré leur grande fortune et leur art de jouir de la vie, aucun plaisir. Un excès d'aisance et de bien-être d'une part, un défaut presque total des moyens vitaux d'autre part, tel est le bilan de la société capitaliste actuelle. Combien d'aptitudes naturelles se perdent faute de leur mise en valeur, combien, en revanche, de richesses énormes se gaspillent par le fait de leur entrée en possession dans les mains de personnes nées riches, quelque grande que soit leur aptitude naturelle.

Du droit de tester d'autres conséquences économiques découlent, qui fortifient toujours l'écart qui existe entre la classe possédante et celle non possédante.

C'est que si le droit de tester continue à subsister tel qu'il existe de nos jours, la distance entre l'ouvrier et l'instrument de son travail subsistera elle aussi. La propriété privée est un mal que la succession rend perpétuel.

Donc pour remédier à ce mal il faut organiser le droit de succession et faire en sorte que la distance entre les deux classes extrêmes disparaisse progressivement.

On dit, et sur ce point on a raison, que le droit de tester et la succession en général, sont les plus forts stimulants à l'épargne. La formation du capital social surtout sous la forme juridique de capital privée est nécessaire, d'après Wagner. « D'une part « parce qu'on ne voit pas que le collectivisme offre des garanties « suffisantes d'imprimer à la production sociale la direction nécessaire pour égaler, au moins, l'accroissement du capital total qui « réalise sous le régime actuel. D'autre part, parce que la mise « en œuvre du plan d'organisation de la production collectivité « présente d'énormes difficultés » (1).

En reconnaissant une grande part de vérité à cette objection que l'on qualifie communément d'utilitaire et à laquelle nous avons précédemment rendu justice, il semble qu'en exagérant le rôle de ce facteur, on oublie trop que la richesse est recherchée dans une large mesure pour elle-même et pour l'influence sociale qu'elle procure à son possesseur.

Même en dehors de tout esprit d'héritage, l'homme tient à la richesse parce qu'elle lui donne de la force, de la dignité et de l'autorité. Qu'on enlève tout espoir à l'homme de laisser en héri-

---

(1) Cf. Rignano, *op. cit.*, p. 22.

tage, tout ou partie de sa richesse à ses enfants, on ne lui enlèvera pas son esprit de rapacité, et on ne remarquera aucune diminution ou tout au moins aucune diminution *sensible* dans son instinct d'accumulation. Et puis, on oublie aussi que l'homme, s'il tient au bonheur de ses héritiers, si on lui défend de laisser son patrimoine à ses enfants au contraire est libre de leur donner une bonne instruction intellectuelle et une bonne éducation physique qui leur permettront d'être bien armés dans la lutte pour la vie. Il leur procure encore dans la société une série de relations utiles pour leur avenir, et ils seront ainsi fortement préparés pour acquérir le bonheur que l'argent n'a pas pu leur donner. Quelque juste qu'elle soit, donc, l'objection que le point de vue utilitaire nous oppose, elle n'est pas infranchissable, d'autant plus que nous voulons respecter la juste part qui lui revient. Car en frappant la succession d'un impôt qui est l'équivalent d'une confiscation à long terme, on ne réduit pas à néant la masse successorale. Cette masse sera fortement atteinte, il est vrai, elle sera même au bout d'un laps de temps complètement confisquée, mais elle procurera pour le présent le bonheur des héritiers, et c'est cela seul qui compte pour le travail et l'épargne.

Le point de vue de l'utilité sociale de la propriété et de la succession est complètement respecté.

Ce point de vue est même de cette façon mieux respecté. Car si l'individu est prévenu qu'une grande partie de sa richesse reviendra après sa mort à l'Etat, et qu'une petite partie bénéficiera seulement son héritier, cet avertissement obligera l'homme, ayant de l'affection pour ses héritiers, à augmenter davantage la masse de sa richesse pour pouvoir remettre après le prélèvement réalisé par le fisc une somme encore assez considérable à ceux-ci (1).

En frappant ainsi la succession d'un impôt qui, avec le temps, va jusqu'à l'absorption totale de la masse successorale, on réduit au minimum les désavantages de cette institution tout en profitant des avantages incontestables du régime de la propriété privée limitée dans la mesure du nécessaire, et tout en éliminant ainsi les obstacles qui se dressaient jusqu'ici à la réalisation des réformes sociales.

---

(1) Cf. Rignano, *op. cit.*, pp. 65 et ss.

La socialisation des instruments de la production, la possibilité des avances de fonds aux travailleurs (1), le nivellement des conditions initiales contre la lutte économique, le relèvement des salaires à la suite de l'usage gratuit des instruments du travail, la diminution de la force d'auto-fructification des capitaux, la valorisation des aptitudes des mieux doués, la réduction de la superfluité d'un plaisir fictif, et la satisfaction des besoins effectifs, l'encouragement au travail, l'élimination de l'oisiveté et du gaspillage, conséquences nécessaires du régime de capitalisation actuel, la création de hauts sentiments moraux, de solidarisme ou autres, et le respect plus grand à l'égard des devoirs sociaux (2), telles sont les conséquences les plus élémentaires de « l'impôt progressif dans le temps », comme M. Rignano a baptisé son système.

« Actuellement, dit M. Rignano, les droits progressifs ordinaires sont en quelque sorte *progressifs dans l'espace*, car ils s'appliquent au patrimoine en raison de leur étendue. Selon le nouvel arrangement du droit de tester, les prélèvements sur les héritages seraient progressifs, non pas en raison de l'étendue ou de la grandeur des patrimoines, mais en raison du nombre des transmissions qu'ils auraient subies, c'est-à-dire en somme, en moyenne, en raison du temps écoulé depuis leur accumulation » (3).

Et si l'on ajoute aux mesures purement économiques le rapprochement des conditions initiales d'éducation pour les enfants des pauvres et des riches, tel par exemple, l'enseignement obligatoire et gratuit dans tous les degrés, on dirigera de plus en plus la société vers l'égalité idéale et relativement absolue (4).

### *Le brevet de capitalisation*

L'auteur assimile le travail à l'invention. L'inventeur encouragé par le bénéfice exclusif de son invention, découvre de nouveaux procédés scientifiques qui contribuent à notre bien-être collectif.

Rien de plus juste, dès lors, de rétribuer cet inventeur en lui permettant, moyennant le brevet d'invention, de profiter exclusi-

---

(1) Voir Rignano, *op. cit.*, p. 45.

(2) *Ibid.*, p. 17 à p. 21.

(3) *Ibid.*, p. 45.

(4) *Ibid.*, p. 46.



vement de son invention pour une durée limitée, jugée suffisante à l'encouragement des initiatives privées. Mais rien de plus absurde, d'autre part, de permettre à l'inventeur de profiter éternellement des bénéfices que son invention peut réaliser.

Le pire encore est de permettre non seulement à l'inventeur lui-même, mais encore à ses héritiers, de profiter de ce privilège exclusif.

Que deviendrait l'humanité si, de nos jours, il n'était permis qu'aux enfants seuls des Gutenberg et des Watt de fabriquer des machines à imprimer ou des machines à vapeur.

Une telle récompense endommagerait toute notre civilisation et avantagerait démesurément le bienfaiteur.

Pourquoi, dès lors, en serait-il autrement pour cet autre bienfaiteur de la société qui est le capitaliste et qui contribue, moyennant son capital, à l'œuvre de la production. Il doit pouvoir, lui-aussi, profiter, dans une juste mesure du service qu'il rend ainsi à la société.

Mais le monopole de la production ne lui sera reconnu que pour une durée juste nécessaire en vue de « donner à la production et à l'épargne la plus grande impulsion possible ».

La faveur que nous accordons aux détenteurs de capitaux ne doit donc pas, dans l'intérêt de la collectivité, dépasser « l'espace de temps strictement nécessaire à l'obtention de ce but » (1).

Le capitaliste ne peut jamais se réserver indéfiniment le gain qui était destiné à récompenser un service rendu. De même que le brevet d'invention calcule minutieusement le temps nécessaire pour récompenser le service rendu, le profit du capitaliste doit lui aussi être frappé d'une mesure semblable.

Il est donc nécessaire, pense M. Rignano, qu'à l'instar du brevet d'invention, on admette un brevet de propriété ; brevet qui à son échéance, mettra fin au privilège reconnu au possesseur des biens, pour les faire introduire dans le patrimoine social.

« En d'autres termes, dit l'auteur, la limitation préconisée du droit de tester et l'ensemble du droit de propriété qui en résulterait, représentent effectivement l'unique organisation de la propriété apte à constituer, qu'on me passe le mot, un véritable *brevet de capitalisation ou d'accumulation* à durée temporaire et strictement déterminée par l'utilité collective » (2).

---

(1) Rignano, *op. cit.*, p. 69.

(2) *Ibid.*, p. 70.

*Les procédés envisagés pour prévoir les difficultés d'application*

Mais cette délimitation du droit de propriété ne peut être réalisée brusquement. Quelque prudent qu'on soit dans la réalisation du projet, il n'en reste pas moins vrai que le heurt des intérêts en question rend difficile l'œuvre à entreprendre.

Même s'il ne s'agit pas d'une expropriation avec ou sans indemnité conçue par les collectivistes, même si la réalisation du projet de socialisation des instruments s'exécute graduellement et pacifiquement, il est certain qu'en pratique des difficultés naîtront toujours tant qu'il s'agit de vaincre la résistance des intérêts en jeu. Des fraudes et des émigrations des capitaux deviennent fréquentes, au point qu'aucune injonction légale ne serait à même de les prévoir ou de les punir efficacement. Aussi, M. Rignano fait appel d'abord au développement de la conscience de la classe prolétarienne des différents pays. Il préconise l'arrivée au pouvoir simultanée des gouvernements prolétariens dans différents pays pour pouvoir mettre en application les mesures prises. Et ensuite, il met en œuvre toutes les vertus de la technique fiscale pour vaincre les fraudes et les transgressions (1).

Etant donné que l'impôt sur la succession remplit copieusement le réservoir du fisc, un certain nombre des impôts frappant actuellement surtout les classes pauvres seront superflus et faciles à supprimer. La surveillance continue et gênante de la part des agents fiscaux pour le paiement d'impôts sera, de cette façon, dans une large mesure, évitée.

*Les moyens de la mise en application  
du projet et les conséquences prévisibles*

A cette série de transformations dans la structure de l'économie sociale, à laquelle la nouvelle notion de propriété privée nous conduit, quels sont les moyens proposés par l'auteur ?

Quels sont, en effet, les moyens ou les plus importants moyens de cette modification projetée ? L'auteur prévoit dans le chapitre IV de son ouvrage, une série de points qui tout en résolvant le problème de la propriété et sa transformation en « un brevet d'accumulation à durée temporaire », rendent possible la nationalisa-

---

(1) Voir Rignano, *op. cit.*, p. 58.

tion de tous les instruments de production aussi bien en matière agricole qu'industrielle :

1° En matière des terrains agricoles, la nationalisation graduelle des terrains doit donner lieu au système de fermage des terrains par l'Etat qui serait dorénavant le bénéficiaire de la rente ricardienne différentielle naturelle ou acquise (1).

Cette rente ricardienne au lieu de profiter aux propriétaires privés d'autrefois profiterait à l'Etat qui, en réduisant le loyer des terrains plus incultes, égaliserait les conditions naturellement ou artificiellement différentes de tous les terrains ; mesure équitable qui, même si elle aboutissait à la diminution d'une source de revenus publics, n'amènerait pas l'industrie agricole à une culture épuisante et dépressive.

« Et le désavantage de la diminution des revenus de l'Etat, dit l'auteur, serait amplement compensé par les avantages qu'en leur qualité de consommateurs, les citoyens retireraient de la diminution du prix des produits respectifs » (2).

2° En second lieu, l'impôt qui dans notre régime actuel de la propriété est une nécessité très gênante pour pourvoir aux dépenses publiques, pourrait très bien être supprimé sans causer des dommages, qu'aujourd'hui sa suppression entraînerait (3).

3° En troisième lieu les taxes des services publics doivent être ramenés aux « frais d'exercice et de réparations ».

« Mais il serait conforme aux principes individualistes, dit l'auteur, de défalquer de la valeur des services rendus l'élément de coût, onéreux aujourd'hui, représenté par le montant de tous les intérêts du capital d'installation et d'exercice » (4).

En effet, à la suite de la nationalisation des biens, les immeubles urbains nationalisés et remis par l'Etat à la gestion des villes, donnent lieu à des ressources abondantes qui permettront aux différentes municipalités de posséder un patrimoine considérable capable de mener à bien la gestion des services publics, si toutefois les taxes à base de frais d'exercice et de réparations ne pourvoient pas suffisamment à ces frais.

Les loyers de ces immeubles représentent en même temps que les frais d'entretien et d'administration, les intérêts du capital,

---

(1) Rignano, pp. 82 et ss. surtout p. 88.

(2) *Ibid.*, p. 90.

(3) *Ibid.*, pp. 91-97.

(4) *Ibid.*, p. 100.

« afin, dit l'auteur, de se proportionner aux frais de construction, c'est-à-dire, au degré de luxe des logements » (1).

Et pour la plus grande facilité d'administration, les municipalités donnent ces immeubles, tout comme des terrains agricoles, en fermage dont les réparations resteront à la charge des locataires (2).

4° En quatrième lieu, au fur et à mesure de la nationalisation des titres d'emprunt public, les impôts qui assurent le service d'intérêt de ces emprunts et qui incombent à la charge de la classe ouvrière décroissent. La suppression du paiement annuel d'une forte somme d'intérêts aux capitalistes, d'une part, un meilleur emploi « socialement » plus « avantageux » d'un capital privé qui servait de base aux emprunts publics et qui était presque toujours improductif, d'autre part, voilà les résultats décisifs de cette nationalisation (3).

5° Ce cinquième point est en réalité l'essence de la théorie que nous exposons en ce moment. Il se subdivise en deux points : 1° la nationalisation des instruments, leur gratuité et leur communauté entre les mains des producteurs ; 2° avance des subsistances et prêts de capitaux salaires aux syndicats ouvriers et aux corporations.

Cette gratuité des instruments, ajoutée au prêt des capitaux salaires sont les points que toute cette étude a pour but d'atteindre. D'une part, le pouvoir d'achat sera augmenté pour le travailleur, d'autre part, le prix des marchandises se trouve abaissé, et de la fusion de ces éléments divers, une forte amélioration de l'état général de la vie ouvrière sera réalisée. L'intérêt des capitaux techniques ne portera pas atteinte à la somme des capitaux salaires ouvriers. Car ces intérêts représentent le bénéfice prélevé par les capitaux d'installation et d'exercice sur le salaire de l'ouvrier. La gratuité des instruments mettra fin à ce prélèvement burlesque.

Les différentes sortes de capitaux techniques (fixes ou variables) et des capitaux salaires, subiront de profondes retouches dans le nouveau système. Toutefois, le profit des capitaux techniques n'est pas rejeté purement et simplement dans le projet de

---

(1) Rignano. *op. cit.*, p. 101.

(2) *Ibid.*, pp. 103 et ss.

(3) *Ibid.*, pp. 108 et ss.



M. Rignano. Au contraire, dans l'intention de donner le maximum d'impulsion au travail et à l'épargne, l'auteur autorise l'incessante formation de nouveaux capitaux techniques et reconnaît le prélèvement d'une part de profit aux capitaux techniques fixes et d'une part d'intérêts aux capitaux variables et aux capitaux salaires, sur le fruit du travail de l'ouvrier. C'est peut-être le point faible du projet ; c'est la fissure ouverte à la base même de la construction.

Exposons avant tout le point de vue de l'auteur sur la nationalisation des capitaux et la gratuité du prêt des capitaux salaires :

a) En ce qui concerne les capitaux techniques fixes, l'Etat doit au moyen des indemnités, venir en aide aux producteurs moins privilégiés.

Etant donné que, suivant le projet, il existera toujours des capitaux nouvellement formés et non encore nationalisés qui doivent *réaliser leur profit sous forme d'intérêt du capital technique*, étant donné, d'autre part, qu'il existera même entre les capitaux techniques nationalisés, des différences artificielles, provenant du plus ou moins grand perfectionnement de la technique, ou leur plus ou moins grande proximité du centre du marché, et ce phénomène créé à l'instar des rentes ricardiennes des terrains, certains avantages immérités pour les uns, au plus grand désavantage des autres, l'Etat par son intervention et son indemnisation « de loyers différentiels » (1) pare à tous ces inconvénients qui pourraient nuire à l'incessante formation de nouveaux capitaux, et au jeu salubre et tempéré de la concurrence économique.

b) En ce qui concerne les capitaux techniques variables voici à quelle conclusion aboutit l'auteur :

« Quant aux capitaux techniques variables, il serait probablement difficile, dans la pratique, de n'en pas maintenir la nature onéreuse, l'intérêt, au taux normal que la concurrence entre tous les capitaux privés, ceux non encore nationalisés et ceux qui se formeraient incessamment déterminerait alors comme aujourd'hui. Car, s'il serait aisé de connaître le dédommagement dû aux propriétaires des capitaux techniques fixes non nationalisés, après la remise accordée par l'Etat sur les capitaux techniques analogues nationalisés, il serait, par contre difficile de préciser

---

(1) Rignano, p. 119.

celui à accorder aux capitaux techniques variables. Or, la concurrence ne pourrait pas s'exercer librement entre les nouveaux producteurs et les autres et provoquer la mise en communauté et gratuité des capitaux techniques variables, si ce dédommagement n'était exactement déterminé. Seulement quand même l'intérêt du capital technique variable continuerait à majorer la valeur des marchandises, toute la nation et non plus seulement un groupe de capitalistes, comme aujourd'hui bénéficierait de la plus-value.

Et si, d'autre part, il devenait possible de soumettre à l'indemnité même les capitaux techniques variables, ils pourraient, tout comme les fixes, par l'annulation de l'intérêt requis pour les avances, passer à la communauté et la gratuité. Dès lors, la valeur des marchandises serait uniquement déterminée par le travail qu'elles cristalliseraient » (1).

L'intérêt des capitaux techniques variables subsisterait donc sans endommager néanmoins le système économique.

c) Quant aux capitaux salaires et les avances consenties aux associations ouvrières, ils ne seront pas, d'après l'auteur, de nature à influencer sur le prix des marchandises.

Ils ne changeront pas les conditions de la concurrence économique. Ils avantageront les ouvriers arrivés au grade d'être affiliés aux syndicats ouvriers après avoir passé le stade de simples salariés. Ici, les ouvriers sont divisés en deux catégories : les salariés stagiaires embauchés par les capitaux techniques privés et les ouvriers qui ont déjà terminé leur stage et qui sont affiliés aux syndicats ouvriers. Les prêts consentis par l'Etat à ces syndicats, c'est-à-dire en somme aux ouvriers membres des syndicats, constitueraient un avantage au profit des ouvriers arrivés au grade de l'obtention gratuite des emprunts. Ces avantages donneraient naissance à la réalisation d'un profit pour l'ouvrier qui se constituerait ainsi pour l'avenir un petit capital et deviendrait à son tour petit capitaliste.

Voici comment l'auteur explique le fait :

« La concession gratuite des capitaux salaires, dit l'auteur, au contraire, n'entraverait aucunement la concurrence que se feraient les associations ouvrières de production aidées par ces prêts gratuits et les entrepreneurs privés obligés de recourir à des salariés.

---

(1) Rignano, *op. cit.*, pp. 121 et 122.

La valeur des marchandises continuerait en effet à être déterminée par la somme des deux éléments incorporés en elles : travail réel et travail imaginaire. Et ce dernier, selon M. Loria, ne comprend pas l'intérêt du capital salaire, mais seulement celui du capital technique. Alors, de même que, grâce à la loi économique de la rente ricardienne différentielle, les fruits des terrains les plus fertiles, au lieu de se vendre à un prix moindre, sont cédés au prix des produits similaires des sols ingrats (d'où les gains extra de leurs producteurs), les prêts gratuits de capitaux salaires, au lieu de diminuer le prix de certaines marchandises, laisseraient aux ouvriers, aux sociétés coopératives ou aux syndicats qui les auraient obtenus, un surplus de profit représentant l'intérêt que les salariés des entreprises privées concurrentes seraient contraintes d'abandonner au possesseur du capital salaire. Ces prêts gratuits ne pourraient pas faire baisser les prix. Les associations ouvrières qui les auraient obtenus ne pourraient pas plus suffire à la production industrielle que les terrains les plus fertiles ne pourraient suffire à la production agricole. Les prix se maintiendraient donc nécessairement à un niveau assez élevé pour permettre aux entrepreneurs capitalistes privés de concourir aussi à la production. Par conséquent, la gratuité des capitaux salaires n'avantagerait pas quelques entrepreneurs aux dépens des autres, mais, sans entraver la concurrence, elle constituerait une prime accordée, par eux, aux ouvriers déjà mûrs parvenus à l'obtention des emprunts après avoir fait leur stage comme simple salariés » (1).

Evidemment, si la quantité des capitaux techniques disponibles à la production des richesses était plus grande que le nombre des impétrants, si les capitaux nationalisés pouvaient répondre à la demande de travail de tous les travailleurs, il n'y aurait plus moyen de faire bénéficier les capitalistes privés d'une part de profit qu'ils devraient réalisés sur le travail ou sur le produit du travail.

Mais étant donné que le plan économique donnant à l'Etat la direction de l'économie nationale préconise la formation incessante des nouveaux capitaux privés, et que l'ingérence de l'Etat a justement pour but de soutenir par une sorte d'émulation bienfaisante les éléments de la production, étant donné en conséquence, que le nombre des impétrants sera d'une façon vou-

---

(1) Rignano, p. 122-123.

lue plus élevé que la somme des instruments à concéder, un intérêt aux capitaux privés en formation sera toujours réalisable.

Dès lors, le travailleur doit passer deux étapes. Dans la première, il sera rémunéré par les capitaux salaires privés, c'est-à-dire, en somme, par des capitaux dont leurs possesseurs retiendront une part de bénéfices à leur profit. L'ouvrier touchera un salaire moins élevé que celui auquel il aurait droit si on lui attribuait la totalité du fruit de son travail.

Dans la seconde, le travailleur exploite « librement et gratuitement » les capitaux techniques nationalisés. Le résultat de son exploitation représente la somme totale de son activité sans qu'aucune part de profit de capitalisation ne soit prélevée. Dans cette étape, le travailleur pourrait à son tour, par son travail et son épargne, créer un capital qui lui permettrait de participer directement à la production de la richesse sociale et de se réserver, à son tour, sur le travail des salariés stagiaires, une part d'intérêt qui selon, la dénomination de l'auteur, loin d'être injuste, constituerait une « prime d'abstinence » et élèverait l'ouvrier au rang de petit capitaliste (1).

« A leur tour, dit l'auteur, — au cas, par exemple, où leur capital concourrait à former celui d'une coopérative ou d'un syndicat employant des auxiliaires salariés, — ils auraient à leurs gages, de jeunes ouvriers encore obligés de louer leur force de travail, de sorte qu'ils jouiraient non seulement du fruit entier de leur travail actuel, mais aussi de la récompense de leur *abstinence passée* ».

### *Aperçu général de la théorie et conclusion*

Après l'étude des points les plus essentiels de l'ensemble du système de « l'impôt progressif dans le temps », nous pouvons résumer l'idée principale qui régit la conception nouvelle de la propriété et de la succession dans l'esprit de son auteur. L'idée centrale, le but unique, est l'attribution au travailleur de la totalité du résultat de son travail. Le moyen prévu est la suppression de distance entre le travailleur et l'instrument de travail, moyennant la nationalisation de ces instruments.

La méthode de cette suppression est la remise de ces instruments aux syndicats ouvriers ou autres organisations similaires.

---

(1) *Ibid.*, pp. 127-128.



Le procédé d'alimentation du réservoir de la richesse sociale est l'impôt progressif dans le temps sur la succession.

Le souci qui retient toujours l'esprit, est le maintien du stimulant au travail et à l'épargne. Or, cette dernière considération est en contradiction avec les autres. Elles ne pourront être maintenues ensemble qu'en sacrifiant une partie de la cause essentiellement envisagée : à savoir l'intérêt de l'ouvrier.

Si l'on veut permettre la formation libre des capitaux et leur participation à la production des richesses, on doit nécessairement leur consentir une part de profit, c'est-à-dire consacrer en somme une partie des bénéfices du travailleur à la constitution de l'intérêt du capitaliste.

C'est ce que M. Rignano est obligé lui-même de reconnaître et c'est justement le point faible de tout son système.

Il représente la société nouvelle sous la forme suivante :

D'une part, l'Etat, avec tous les armatures des organisations ouvrières et les instruments nationalisés du travail, domine de haut le mécanisme de l'économie nationale. Il harmonise la production de la richesse avec la consommation et supprime, sous l'égide de son patronage, l'inégalité naturelle ou artificielle de la production. Il régularise la concurrence économique qui, livrée à elle-même, engendre le désastre. Il transforme cette concurrence en émulation en encourageant par son appui tous les éléments contribuant à la prospérité de cette économie nationale.

D'autre part, en face de l'Etat il existe le groupe des particuliers qui, au moyen de leurs capitaux non encore nationalisés et formés à la suite du travail et de l'épargne — qui, en tout cas dès le lendemain de la nationalisation, leur volume rétrécit de plus en plus, — contribue à la production de la richesse. Mais pour pouvoir réaliser leur profit, ils doivent nécessairement garder entre leurs mains une partie des bénéfices des salariés. D'où la formation de deux groupes d'ouvriers que nous avons rencontrés plus haut : les simples salariés et les ouvriers proprement dits.

L'élévation d'un degré à l'autre et le passage de la classe salariée à la classe ouvrière est réglementé comme toute autre institution sociale suivant l'âge de l'aspirant ou toutes autres conditions utiles ou nécessaires. L'Etat, loin d'empêcher de telles entreprises particulières qui donnent l'élan au travail et à l'épargne, les indemnise même, à la rigueur. Il indemnise celles qui

sont moins favorisées par leurs conditions naturelles ou artificielles dans la lutte de la production et de la concurrence, et égalise de cette façon les différences initiales de leurs conditions.

La force de capitalisation réduite ainsi à son minimum, les excès actuels prennent fin. La richesse se répartit davantage entre les mains d'un nombre beaucoup plus élevé, et le bien-être se répand dans la même mesure. Chacun, dans le cours de sa vie, est assuré d'arriver — si toutefois il se consacre au travail — au point de former par son épargne un capital propre à élever une entreprise et à rattraper les pertes par lui subies au moment où il était soumis à l'état de salarié. Les capitaux ainsi formés, tout en activant, dès le jour même de leur formation, l'économie nationale entière, sont destinés à revenir au bout d'un laps de temps, d'abord en partie, et plus tard, en totalité, à l'Etat au moyen de l'impôt progressif dans le temps. Cela après avoir participé d'une façon incessante, aussi bien avant leur retour à la collectivité qu'après leur retour, d'abord à procurer le bonheur individuel, et ensuite à produire la prospérité la richesse nationale et le bien-être collectif.

Il ne faut pas non plus confondre l'ingérence de l'Etat avec son intervention malsaine. Le problème de la production aussi bien que celle de la consommation, sera réglé par les organisations ouvrières elles-mêmes. Ce sont des rouages purement industriels n'ayant rien de commun avec les organisations administratives qui assureront cette fonction. Les phénomènes économiques resteront donc dominés par les éléments économiques. L'ingérence de l'Etat n'a, en somme, que la qualité d'un patronage, qui par son autorité tant morale que réelle, influe sur la réglementation et l'assainissement des questions économiques. L'état économique sera l'économie dirigée.

Mais à tous ces avantages qui semblent assez pratiques et réalisables, que peut-on objecter ? Est-il vrai que les pronostics seront pas à pas réalisés ? N'y a-t-il pas une dose d'artifice dans le plan de redressement de l'état ouvrier que nous venons d'étudier ?

Le procédé consistant, d'une part, à légaliser le prélèvement d'une quotité sur le salaire ouvrier pour l'offrir, sous forme du profit du capital technique au capitaliste, et pronostiquant, d'autre part, le passage du salarié du rang inférieur à un rang supérieur est sur le premier point injuste, et sur le second

point, optimiste. Dans le système prévu, la formation d'une classe salariée se laissant spolier (car, c'est en somme une spoliation tolérée et légalement reconnue) et remettant une partie de son salaire au capitaliste est la parte intégrante. Le passage de la classe salariée à la classe ouvrière n'est, d'autre part, nullement assuré, car ce passage sera basé demain comme aujourd'hui sur une foule de hasards, qui, s'ils peuvent être écartés par l'homme, ne le seront pas, en tous cas, par ce projet. Combien cette classification semble donc artificielle, et peut, en pratique, ne jamais donner jour au passage de l'une des étapes à l'autre.

Si l'on considère que le succès ou l'insuccès du travailleur dans le cours de sa vie et dans ses entreprises, dépendra toujours demain comme aujourd'hui, aussi bien dans le régime du projet, que dans le régime purement capitaliste, du simple hasard, si l'on conçoit d'autre part, que le travailleur est obligé de rester dans le corps des salariés avant de pouvoir passer dans celui des ouvriers (1), c'est-à-dire, en somme, placer un malheur certain devant un bonheur tout à fait illusoire (malheur certain car l'obligation du stage dans le système de l'auteur n'est plus une simple probabilité, mais un point intégrant du système), on conçoit facilement que les excès incohérents des riches, pas plus que le dénuement des pauvres, en un mot la servilité du prolétariat, n'est pas détruite, mais peut-être remise. Certes, la chance de bien-être collectif augmente avec ce système, la richesse sociale se propage de plus en plus, la différence du niveau de la vie diminue et les malaises actuels sont dans une forte mesure évités. Ces conséquences, à elles seules, sont très appréciables. A elles seules, elles suffisent à faire adopter avec empressement le système proposé. Mais faut-il se faire illusion sur ce qu'il nous laisse entrevoir. La misère ne sera pas bannie, l'inégalité ne prendra pas fin, les douleurs n'épargneront pas les cœurs, et les réalités de la vie dissiperont encore l'allégresse de l'idéalisme. Mais en ne pouvant faire le plus, on ne doit pas renoncer à faire le moins et comme on dit, il faut concevoir en idéaliste et agir en réaliste. Si nous considérons qu'aujourd'hui dans beaucoup de pays les lois fiscales sur la succession ont dépassé toutes les mesures de prévision et arrivent quelquefois,

---

(1) Voir *supra*, p. 184, c.

sinon à la confisaction pure et simple de l'héritage, au moins à un taux très élevé des droits successifs, et à une attribution dérisoire à l'héritier d'un héritage étrangement colossal, si nous constatons, néanmoins, la propagation universelle du paupérisme et l'inquiétude qui règne aujourd'hui, plus que jamais, sur la masse formidable de la classe ouvrière, si nous observons l'incertitude anxieuse du sort de toutes les organisations financières et économiques, sur lesquelles la vie ouvrière devrait compter, si nous voyons enfin, tous les symptômes nocifs d'une vie économique déréglée depuis les crises les plus aiguës jusqu'aux spéculations les plus désastreuses, le chômage le plus destructif, qui jette chaque jour sur le pavé, une troupe de la masse ouvrière si, après tant de désastres, l'influence du régime capitaliste bouleverse encore de fond en comble la Société, en jetant le trouble dans la production des richesses, en exerçant outrageusement la concurrence et la guerre économique et en amenant avec la surproduction et la sous-consommation des crises universelles, l'enchérissement de la vie et la formation colossale des capitaux, coup décisif à la détresse du prolétariat, si donc, malgré le droit successoral de forte progression, la terreur de l'âme subsiste toujours, c'est que jamais les intentions n'ont été dirigées dans le sens d'une organisation économique, propre à améliorer sincèrement cet état chaotique tant décrié. Les mesures fiscales ont pour but de répondre aux nécessités budgétaires. L'utilité de ces dépenses est la sauvegarde des intérêts rivaux en question et nullement le souci du maintien d'une solidarité plus ou moins universelle. La guerre économique est dès lors inévitable et devient d'autant plus effroyable qu'elle dépasse la limite des nations pour atteindre celle des continents et devenir mondiale. D'une part, le régime économique déchaîné dans son élément, et exerçant par sa force irrégulière un ascendant nuisible sur toutes les autres manifestations de la vie sociale, d'autre part, l'impuissance des gouvernants à se préoccuper des questions d'intérêt d'ordre universel, enfin, l'affolement et la perplexité de presque toutes les classes sociales dans la lutte pour la vie, nous présentent l'aspect vraiment misérable des conditions actuelles de la vie. Et si l'on réfléchit combien les fibres de l'organisme social sont sensibles aux influences des problèmes économiques, on conçoit l'imminence d'une réglementation appropriée du régime économique sur la base du projet en question.



Evidemment, les aspects du problème économique de notre siècle, sont beaucoup trop complexes pour que leur assainissement s'accomplisse par un arrangement partiel et médiocre. Les crises économiques, de l'état périodique qu'elles avaient, deviennent maintenant perpétuelles. La production et la consommation ne sont pas réglementées. L'ingérence de l'Etat est nécessaire aujourd'hui plus que jamais.

Cette ingérence, qu'elle soit sous forme de l'étatisation, ou bien de l'économie dirigée, doit être précédée d'une étape préliminaire basée sur le droit successif progressif dans le temps.



## CHAPITRE III

### La succession « *ab intestat* » dans le Code civil persan

---

L'esprit politique d'une société, comme dit Troplong, se peint dans sa loi successorale. On peut tirer de cet aphorisme l'idée selon laquelle la loi successorale forme le baromètre du progrès ou de stagnation de l'évolution sociale.

Ce progrès ou cette stagnation peuvent dépendre de différentes causes. Pour les pays musulmans et surtout pour le régime successoral islamique, c'est le caractère religieux de législation qui a causé leur stagnation. M. Marçais, en parlant de la vétusté des règles successorales islamiques, dit avec beaucoup de raison que ces règles « inscrites dès l'origine, dans un livre sacré, c'est-à-dire intangible, n'ont pu ni se modifier ni disparaître » (1).

Nous mettons de côté d'un seul trait l'origine de la loi successorale en Islam étudiée par presque tous les auteurs qui ont écrit des traités sur la succession musulmane. Quoique l'étude du code civil actuel en matière de dévolution héréditaire en Perse, est intimement liée à la succession musulmane qui lui sert de base, nous renvoyons pour l'étude de cette origine aux ouvrages divers des écrivains orientaux ou occidentaux sur cette matière.

Les injonctions en matière de succession dans le livre saint, forment dans la texture de sourat « *an'nissâ* » (les Femmes) un ensemble de 6 versets. La formation ultérieure des doctrines et des jurisprudences qui composèrent plus tard toute une littérature juridique sur la matière fit dire à un hadith (parole prophétique) que la succession à elle seule constitue la moitié de la

---

(1) Marçais : *Les parents et les alliés successibles en droit musulman*, Rennes, 1898, P. V.

science. Mais la diversité des opinions sur la solution des problèmes successoraux amenèrent une grande confusion. « La moitié de la science » devint, de cette sorte, chose embarrassante. A part l'impossibilité presque absolue de la reproduction de tous les travaux doctrinaux ou jurisprudentiels effectués jusqu'ici en matière de succession dans les différentes sectes de l'Islam, l'exécution d'une telle tâche serait d'une utilité douteuse. Les principes généraux qu'on pourrait tirer de la législation coranique de succession sont très peu nombreux et généralement contradictoires. Ces principes généraux ont d'ailleurs été reproduits imparfaitement, par les auteurs qui ont écrit sur la succession islamique. Tout essai de la reprise de la question est embrouillant, inutile et constituerait une redite sans intérêt. Nous allons donc prendre l'étude de la succession sur la méthode du Code civil persan qui nous donnera d'ailleurs l'occasion de traiter des solutions adoptées chez les sunnites sur les points correspondants.

## SECTION I. — L'OUVERTURE DE LA SUCCESSION

Suivant le Code civil persan, la succession s'ouvre en vertu de la parenté ou de l'alliance.

### TITRE PREMIER. — LA PARENTÉ

La parenté est soit légitime, soit naturelle.

#### PREMIÈRE PARTIE

#### PARENTE LEGITIME

##### § 1<sup>er</sup>. — *Les éléments de la parenté*

A) *L'ordre*. — La parenté légitime comporte trois catégories de successibles rangés dans l'ordre suivant :

- 1<sup>o</sup> Les descendants du *de cujus* et ses ascendants privilégiés.
- 2<sup>o</sup> Les collatéraux privilégiés du défunt et leurs descendants et ses ascendants ordinaires.

3<sup>o</sup> Enfin, en 3<sup>e</sup> lieu, les collatéraux ordinaires du défunt lui-même ou ceux de ses parents et leurs descendants. C'est en somme, comme nous allons voir plus tard, le système de parentèle germanique avec néanmoins quelques différences,



L'article 862 cite les parents successibles dans l'ordre que nous venons d'indiquer.

Donc les parents successibles sont les descendants, les ascendants et les collatéraux. Mais l'ordre établi par le Code civil persan pour la transmission héréditaire donne lieu à réflexion.

En droit français, quoique les successibles sont divisés en apparence, en trois ordres, mais en réalité ils sont groupés de la façon suivante :

1° Les descendants directs du *de cuius* et leurs descendants.

2° Les ascendants privilégiés c'est-à-dire le père et la mère.

3° Les collatéraux privilégiés c'est-à-dire les frères et les sœurs et leurs enfants.

4° Les ascendants ordinaires.

5° Les autres collatéraux tels, par exemple, l'oncle et la tante paternels ou maternels et leurs enfants.

Cette division cadre mieux avec les considérations d'affection ou de degré de parenté entre le *de cuius* et les successeurs.

La classification dans un même ordre des frères et sœurs du défunt avec ses ascendants ordinaires qui peuvent être du 3° ou du 4° degré, ou même dans des hypothèses classiques, d'une distance encore plus éloignée, ne peut pas être raisonnable.

Néanmoins, c'est ce qui est décidé par l'article 862 du Code qui n'est d'ailleurs autre chose que la consécration des dispositions du droit chiite en la matière. Mais il y a un autre point qu'il faut mettre en relief. L'article 863 déclare que les successeurs d'ordre postérieur ne viennent à la succession qu'à défaut de successeurs d'ordre antérieur. Certainement, en ce qui concerne le degré, dans chaque ordre le degré plus proche empêche le degré plus éloigné de participer à la succession. Mais il ne s'agit pas ici du degré, mais bien de l'ordre. Or, en droit français, lorsque l'article 731 partage les héritiers en trois ordres, cette division qui semble au premier abord rigoureuse, comporte dans les articles ultérieurs (745 à 755) plusieurs exceptions. De sorte que par la combinaison de ces articles, il y a un concours entre les ascendants privilégiés et ordinaires et les collatéraux privilégiés. La rigueur du principe selon lequel l'ordre suivant ne vient à la succession qu'à défaut de tout représentant de l'ordre précédent est ainsi atténuée. Dans le code civil persan, le principe admis par

l'article 862 concernant l'ordre des héritiers est au contraire rigide. Il est même renforcé par toute une série d'articles (906-938), qui, sous l'épithète de « L'hérédité des différents ordres de successeurs » établissent le concours des héritiers de chaque ordre entre eux. Nulle part au contraire on n'aperçoit le règlement d'un concours entre les héritiers de différents ordres.

Les frères et sœurs du défunt sont donc complètement privés de la succession tant que dans la succession figure un père ou une mère. D'autre part, ces mêmes frères et sœurs doivent partager la succession avec les ascendants, quelque éloigné que soit le degré de parenté des ascendants.

Ici, il y a un point très important à souligner. Dans la législation successorale sunnite on aperçoit des cas dans lesquels les collatéraux privilégiés ou leurs descendants viennent en concours avec les filles du défunt. En principe, les collatéraux qui sont des héritiers de second ordre, ne devraient pas participer à la succession tant qu'ils subsistent des héritiers du premier ordre. Mais en droit sunnite, les frères et sœurs participent à la succession à côté de la fille du défunt. Alors, on est porté à penser que ce sont là des exceptions apportées par la loi pour atténuer la rigueur du principe de l'élimination des héritiers d'ordre postérieur, exceptions du genre que nous avons rencontrées dans le code civil français (article 745-755). En réalité, il n'en est rien et l'anomalie vient de toute une autre considération. Voici d'ailleurs de quoi il s'agit. En droit islamique, il y a le principe de la différence de sexe. Avant l'Islam, la femme en Arabie était complètement privée de toute part à la succession. Avec l'Islam, elle se voit affranchie de cette dégradation sociale et elle prend place à côté d'autres successeurs. Toutefois, une différence capitale fut toujours maintenue entre les deux sexes; l'homme prélève, même après la réforme, le double de la part de la femme dans la succession. D'autre part, pour assurer l'exécution des principes posés, le législateur arabe a donné à la quote part des héritiers qui étaient autrefois spoliés et surtout à la quote part des femmes le titre de la part assignée. L'assignation de part héréditaire avait donc pour but d'assurer à son bénéficiaire la quote-part qui lui avait été attribuée par le Livre même. Cette part assignée devrait être attribuée à son titulaire intégralement, avec quelques exceptions. Or, la fille était parmi les héritiers qui avaient une part

assignée. Elle avait droit à la moitié ou aux deux tiers de la succession suivant qu'il y avait une ou plusieurs filles (1).

L'excédent de cette réserve est remis chez les sunnites aux collatéraux. Les vestiges du désavantage de la femme dans la société antéislamique amenèrent les sunnites à cette conséquence que la fille du défunt se voit dans l'obligation de remettre l'excédent de la réserve héréditaire aux collatéraux du *de cujus* ou à leurs descendants. Et cela malgré le principe de l'exclusion de l'ordre postérieur en présence d'un représentant de l'ordre antérieur. Cette exception n'est pas inspirée comme nous disions tout à l'heure, de l'idée d'une atténuation de la rigueur de principe, mais de l'idée de la différence de sexe et de l'infériorité du sexe féminin. En droit chiite et dans le Code civil persan, on attribue au contraire la succession entière à la fille du *de cujus* à l'exclusion des collatéraux qui sont d'un ordre postérieur.

B) *La ligne*. — L'esprit qui règne en cette matière dans le Code civil persan n'est pas du tout le même que celui du droit français. Ni la question de fente, ni la maxime *materna maternis paterna paternis*, n'ont le même sens dans les deux législations. D'ailleurs, au point de vue de l'origine, toute comparaison sur ce point est inopérante. Tandis que la fente en droit français a pour but de déterminer l'origine et la nature des meubles et acquets, tandis que la règle *paterna paternis* n'est autre chose que le système des lignages adopté pour les propres, en droit islamique, au contraire ce n'est toujours que la considération du privilège de masculinité et la double part pour l'homme qui régit la question. D'ailleurs aucun article du code ne vise directement le cas. Seulement certains articles (article 923 *in fine*, 924, 934, 935), citent des cas, desquels on pourrait déduire la conclusion suivante : en cas de concours entre les parents maternels et parents paternels, la masse successorale sans distinction aucune se divise en trois parties : un tiers est dévolu aux parents du côté maternel qui se partageront entre eux par tête et par parts égales sans distinction de sexe, et deux tiers sont dévolus aux parents du côté paternel qui se partageront, à raison d'une double part pour le mâle et d'une part pour la femme.

---

(1) En présence du fils, la fille perdait sa qualité réservataire et elle touchait la moitié de la part du fils. Du reste il en est de même aujourd'hui partout où la législation islamique est en vigueur.

C) *Le degré*. — Dans chaque ordre, c'est la proximité du degré qui indique la préférence des héritiers les uns par rapport aux autres.

L'article 889 *in fine*, et les articles 890 et 912 appliquent cette règle en disant que « dans chaque ordre, le plus proche des successibles éloigne le plus éloigné ». Il n'y a sur ce point d'autres particularités à relever.

## § II. — *Etude de l'article 905 du Code civil*

Mais qui sont ces parents que le Code civil appelle héritiers et place au premier rang des successibles. Ont-ils la même vocation héréditaire. Sont-ils appelés indistinctement et au même titre à la succession ? Non, ces parents sont divisés en héritiers « fards » et héritiers « àsibs ». C'est le vestige du droit coranique tiré des coutumes arabes antéislamiques. Sans vouloir rapporter en détail l'origine de cette institution qui a laissé des empreintes dans la succession islamique, nous disons néanmoins que la société arabe avant l'Islam était une société guerrière qui ne reconnaissait pas pour le *de cujus* d'autres successibles que les « parents mâles unis au défunt par un lien de parenté exclusivement masculine » (1). Autrement dit, seul était successible celui qui pouvait participer au partage du butin et « combattre les ennemis de la tribu, c'est-à-dire défendre le territoire commun, venger la mort ou les injures des hommes du même sang » (2). En un mot le succésible devait d'abord être du sexe masculin et en second lieu un adulte, un guerrier arrivé à l'âge mûr et non un enfant. Ni la femme en tant qu'épouse, mère ou sœur, ni l'enfant, ne bénéficiaient de la succession. En revanche des étrangers qui échangeaient entre eux le serment de fraternité devenaient réciproquement successibles. Tout cela, nous le voyons bien, était établi dans l'intérêt de l'état social de ce temps. Dès lors rien de plus naturel que la femme dépouillée de toutes sortes de considérations sociales et abaissée au rang d'un objet qu'on possédait à titre de propriété, soit aussi privée de toute participation à l'héritage. L'œuvre du législateur arabe releva la femme de son ancienne incapacité absolue et lui réserva une

---

(1) Marcais, *op. cit.*, p. 26.

(2) *Ibid.*, p. 26.



place dans la succession, sans toutefois faire éгалer ses conditions à celles de l'homme (1).

A cette fin le législateur établit deux catégories d'héritiers :

1° Les héritiers asibs, c'est-à-dire les parents mâles par les mâles ;

2° Les héritiers fards, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas des parents mâles par les mâles et qui ne viennent à la succession qu'en vertu d'une part assignée (2).

Suivant ce système il faut donner d'abord aux héritiers fards leur part et attribuer ensuite l'excédent aux héritiers mâles attachés au défunt par les mâles.

Ici trois constatations s'imposent. Elles prouvent combien l'héritier fard par rapport à l'asib est moins bien traité :

1° D'abord l'héritier fard n'hérite jamais de l'universalité de la succession. Il ne profite que de la part minime qui lui est assignée. L'héritier asib seul a droit à l'universalité des biens.

2° En second lieu la catégorie d'héritiers fards qui est en somme formée pour la grande majorité par les femmes, ne contient pas cependant toutes les femmes parentes du défunt. Certes à part des versets coraniques, qui appelaient à la succession l'épouse, la mère, la fille et la sœur du défunt, la doctrine agrandit plus tard le cercle de ces parentes successibles. Mais il reste toujours vrai que le droit de ces héritiers est plus théorique que réel, et comme le dit bien M. Marcais, ce droit « demeure presque en dehors du système général des successions musulmanes » (3).

3° Enfin en troisième lieu, la division des héritiers en fards et asibs nous amène à cette conclusion, qu'un héritier asib, c'est-à-dire mâle par les parents mâles, s'il n'est pas éloigné de la succession par un autre héritier asib plus proche, s'attribue toujours, quelle que soit d'ailleurs la distance qui le sépare du défunt, le reste de la succession, après le prélèvement des parts des héritiers fards appelés, quelle que soit d'ailleurs la proximité

---

(1) Pour tous ces détails, voir Marcais, *op. cit.*, première partie : *Origine du système successoral musulman*.

(2) Pour la part assignée et les assignataires voir *infra* pp. 306, 315 et ss.

(3) Marcais, *op. cit.*, p. 15.

de leur parenté par rapport au défunt. Le résultat est que l'héritier fard du 1<sup>er</sup> ordre est, sur l'excédent qui reste après le prélèvement de sa part, dépossédé au profit d'un héritier asib d'ordres suivants.

La protection de la loi coranique et le travail doctrinal ou jurisprudentiel des siècles suivants n'ont donc relevé la femme, de son ancienne incapacité, qu'imparfaitement.

Mais dans le Code civil persan il y a un article dont l'importance est à ce point de vue très considérable. Il s'agit de l'article 905 qui dit : « Le reliquat de la succession après le prélèvement des parts assignées sera attribué aux héritiers non assignés, sauf au cas où ces derniers sont d'un ordre plus éloigné, auquel cas le reliquat sera attribué aux héritiers assignés, à titre de la remise de l'excédent. »

Cet article comble les lacunes que nous avons constaté plus haut et avec ce système tant qu'il existe un héritier d'ordre plus proche, même si cet héritier est un héritier fard, c'est-à-dire héritier à part assignée, il ne sera jamais question d'une attribution quelconque aux héritiers d'ordre suivant, même si ils sont héritiers asibs. Une des conséquences, d'ailleurs la plus importante de la distinction entre héritiers fards et asibs est ainsi rejetée. De cette façon, le privilège de masculinité qui s'exerçait simultanément avec le privilège d'asib tout au long des trois ordres, se voit cantonner dans un seul ordre, c'est-à-dire, en somme, un héritier asib ne peut empêcher l'héritier fard de toucher l'excédent de fard, que si il est avec cet héritier fard de même ordre. Autrement il sera lui-même exclu par cet héritier fard de toute participation à l'héritage. *La successibilité suivant l'ordre des successibles* a repris ainsi son sens. Mais d'où vient la solution de l'article 905 du Code civil. Ce n'est pas une innovation de législateur. C'est la conséquence du principe prévalu chez les Chiites, qui soutenaient depuis toujours que les héritiers d'ordre précédent sont privilégiés par rapport aux héritiers d'ordre suivant. Le texte de l'un des plus importants traités (1) du droit chiite, Charâyé déclare ce problème en ces termes : « Si l'héritier est fard et s'il n'y a pas d'autres héritiers de

---

(1) Sur le droit chiite, il existe quatre grands traités dont l'importance est telle qu'on les a appelés « les 4 traités mères ». Ils sont considérés comme des œuvres les plus importantes en matière du droit chiite

même ordre, il reçoit sa part assignée et le reste lui est remis à titre de l'excédent » (1).

La condition *autres héritiers de même ordre* est à retenir dans la phrase que nous venons de citer. L'expression de l'héritier est d'autre part générique, elle veut dire héritier fard ou asib. Alors, s'il n'y a pas avec l'héritier fard appelé à succéder, d'autres héritiers fards ou asibs la totalité de la succession lui sera remise à l'exclusion d'autres successibles d'ordre suivant même si ces derniers sont des asibs.

D'autre part, le texte de Querry (le seul traité qui existe en français sur le droit chiite et qui n'est que la traduction assez heureuse du traité de Charâyé dont nous venons de parler) nous déclare : (2)

*Article 119* : « En droit chiite, les parents paternels de sexe masculin ne sont point privilégiés quant à l'hérédité, et dans le cas où, les appelés en vertu de parts déterminées ayant reçu leurs quotités respectives, la succession présente un excédent, cet excédent est déferé à l'appelé du degré égal, mais auquel une part n'est point formellement assignée... »

*Article 120* : « Si l'héritier appelé, mais non à titre de part assignée, se trouve être d'un degré plus éloigné qu'un des appelés dont la part est déterminée, il est absolument exclu, et l'excédent doit être réparti entre les premiers appelés, à l'exception du conjoint survivant. »

Cette exception nous la rencontrerons à sa place.

Suivant ces deux articles nous voyons visiblement que si après le prélèvement des parts assignées il se trouve dans la succession un excédent, s'il y a parmi les successibles des héritiers asibs de degré égal, l'excédent lui est certes déferé,

d'abord à cause de la dignité scientifique de leurs auteurs et ensuite à cause de leur importance doctrinale en matière juridique. Ce sont :

1° *Kitab al Kâfi*, d'Abou Djafar Mohamed Ibn Yacqoub al Koleini mort en 328 ou 329 hedjire.

2° *Man lâ Yahzarah al-Faghih* d'Abou Djafar Mohamed Ibn Ali Ibn Hossein Ibn Moussa Ibn Babweih de Qoum, surnommé Cheik Sadouq, mort en 381.

3° *Tahzib* de Mohamed Ibn Hassan Ibn Ali Ibn Toussi appelé aussi Cheik Toussi, mort en 458.

4° *Istibsâr*, du même auteur.

(1) Charayé de Mohaqeq, Téhéran, 1311 lunaire, p. 258.

(2) Querry, *Droit musulman, secte chiite*, t. II, livre VII, traités de succession, articles 119 et 120.

mais s'il n'y en a pas, cet excédent sera attribué aux héritiers assignés même si dans les ordres suivants il existe un héritier asib. Ce dernier sera complètement exclu. Quant aux héritiers à part assignée d'ordre plus proche, ils recevront cet excédent à titre de remise de l'excédent. Il faut savoir que le mot degré, employé dans l'article 119 du traité de Querry est la traduction d'un mot arabe correspondant juridiquement au mot ordre et toute confusion doit être ainsi éloignée.

Donc l'article 905 du Code civil persan est un des plus importants articles du Code. Il est la consécration des travaux de la doctrine et de la jurisprudence du droit chiïte à travers les âges, système heureux comme nous l'avons dit plus haut, qui restreint dans une forte mesure les résultats choquants tirés du principe de la division des successibles en héritiers fards et héritiers asibs.

Ce résultat une fois admis, la différence entre l'héritier fard et l'héritier asib n'est applicable qu'en tant qu'il s'agit du quantum de la part héréditaire, et non pas de la vocation en matière d'héritage. Différence encore fâcheuse et surannée évidemment, mais moins choquante si on la compare avec l'autre résultat qui écarte un héritier proche de catégorie fard au profit d'un héritier quelquefois beaucoup plus éloigné appartenant à la catégorie d'asib. Cette exclusion visait plus la catégorie des femmes auxquelles la définition d'asib ne s'appliquait pas toujours. Ajoutons d'autre part, que la règle qui consiste à attribuer au mâle la part de deux femmes résulte explicitement des versets 12 et 175 de la sourat an-nissa (les femmes). Voilà du reste en quoi consistait le fait. Le Coran avait établi pour la défense du sexe faible le système des fards. Mais il ne fallait tout de même pas avantager la femme par rapport à l'homme. Cependant le système de fard si il restait intact aboutissait à ce résultat. Prenons par exemple une succession ouverte au profit de deux fils et deux filles. Le fard de ces deux dernières est  $\frac{2}{3}$  de la succession ; si elles prélèvent leur part il ne reste que le tiers des biens à déferer aux deux fils. Le système de fard serait donc un grand désavantage pour les fils. Avec ce système, non seulement les filles prenaient part à la succession, mais elles mettaient les fils dans une condition inférieure. Pour éviter cette difficulté, et d'autre part, pour atténuer les résistances, le Coran donna à l'homme une part double de celle de la femme chaque



fois que ces deux héritiers étaient d'ordre égal. Dans l'hypothèse que nous avons relatée plus haut chacun des deux fils reçoit donc  $\frac{2}{6}$  de la succession et chacune des deux filles  $\frac{1}{6}$ . C'est ce que, dans le langage juridique, on a appelé, plus tard la théorie du « tasib bi-ghairihi », c'est-à-dire la communication de la qualité de asib aux successeurs qui ne sont plus asibs. Car la caractéristique des héritiers asibs c'est qu'ils ont une vocation à l'universalité de la succession ; ils ont droit à la totalité des biens ou au reliquat après le prélèvement des parts assignées. Or la fille dans l'espèce devient asib car elle partage la totalité de la succession avec les autres cohéritiers sans tenir compte de la part assignée. Seulement dans ce partage le mâle reçoit le double de la part de la femme, en vertu du droit de masculinité.

### § III. — Une nouvelle division d'héritiers

En discutant du sort des héritiers fards et asibs il est nécessaire de rappeler que certains héritiers viennent à la succession tantôt en qualité de fard, tantôt en qualité d'asib.

Donc à ce point de vue on peut diviser les héritiers en 3 catégories :

1° Ceux qui viennent à la succession exclusivement en vertu de la part assignée. Ceux-ci, nous avons vu, s'appellent héritiers fards. Ce sont parmi les parents, la mère et parmi les alliés l'époux survivant. L'article 896 précise ce point. Les textes des traités du droit chiite en traitant cette matière disent que la mère est appelée à hériter exclusivement à titre d'héritier à part assignée, sauf si elle est héritière unique du défunt, auquel cas elle reçoit le reliquat d'excédent. Quant à l'époux, lui aussi s'il est héritier unique, reçoit d'abord sa part assignée et ensuite le reliquat lui est déferé à titre d'excédent. Mais le cas de l'épouse est discuté. Il s'agit de savoir si l'excédent de la succession après le prélèvement de sa part assignée lui sera oui ou non déferé. Au cas de négatif c'est évidemment l'Etat qui obtiendra l'excédent à titre du droit de déshérence. Au fait c'est ce deuxième point de vue qui a prévalu dans la doctrine chiite et l'excédent de l'héritage est attribué à l'Etat. Ces trois cas que nous venons d'examiner sont prévus par les articles 906, 1<sup>er</sup> alinéa et 949 du Code civil. Ce dernier précise

la qualité de l'Etat en tant que successible. L'Etat hérite selon cet article en vertu du droit de déshérence parce que ces biens n'ont pas de maître.

2° Il y a une seconde catégorie d'héritiers qui succèdent, tantôt à titre d'héritier à part assignée et tantôt à titre de parenté. Ce dernier titre veut dire en somme que l'héritier succède au même titre que les héritiers asibs sans qu'il soit pour cela considéré comme asib.

L'article 897 du Code civil nous donne la liste de ces successibles :

Le père, les filles, les sœurs germaines ou consanguines et enfin les collatéraux privilégiés utérins.

Le texte de l'article emploie pour ces derniers parents une expression arabe dont il n'est point facile de déterminer le sens exact. C'est le mot « Kalâla ». Sans aucun doute la loi veut parler dans ce texte des sœurs utérines. Mais en s'expliquant par le mot kalâla qui est d'ailleurs la reproduction textuelle de l'expression juridique dans le langage arabe du droit chiite, le législateur voulait peut-être employer une expression plus générique. Car en effet le mot kalâla dans son acception générale en matière de droit, signifie, parmi d'autres significations, « les parents éloignés », et comme les parents du côté maternel sont considérés en quelque sorte éloignés du défunt, puisque la parenté maternelle ne jouit pas de la même faveur que la parenté paternelle, il est fort possible que l'expression de kalala pour désigner les sœurs utérines soit une sorte de métonymie qui désigne le spécifique par le générique, la sœur utérine par le parent éloigné du côté maternel. Quoiqu'il en soit, l'intention du législateur ne fait objet d'aucun doute et est dans le sens que nous avons indiqué (1).

---

(1) Il reste cependant à noter que quelquefois on aperçoit le mot kalâla dans les textes des traités de droit, suivi du mot « germain » ou « consanguin ». Dans ces cas il n'y a pas de doute qu'il s'agit des frères germains et des frères consanguins. Alors on peut être amené à penser que le mot kalâla tout court veut dire frère. Mais il vaut mieux donner au mot kalâla le sens que nous venons d'indiquer c'est-à-dire « parents éloignés ». Son emploi pour désigner le frère est comme nous le disions, une métonymie d'autant plus que nous le voyons toujours suivi du mot germain ou consanguin chaque fois qu'on l'emploie pour désigner ces frères. Et quant aux frères utérins, on les désigne dans le langage des jurisconsultes par le mot kalâla tout court. Cet emploi ne peut que renforcer notre supposition, car étant donné que le

Ici une question se pose. Il s'agit de savoir quelle différence existe en réalité entre les deux catégories d'héritiers que nous venons d'étudier. Pour la première catégorie nous avons vu, qu'après le prélèvement de la part assignée on leur défère le reste de la succession à titre d'excédent, sauf en ce qui concerne l'épouse. Pour la deuxième catégorie, le même phénomène se réalise ; on leur donne le reste de la succession après le prélèvement de la part assignée. Alors en apparence il n'y a aucune différence entre ces deux catégories d'héritiers, mais en réalité il n'existe pas moins une différence. Elle consiste en ce que dans le premier cas l'attribution est à titre de remise de l'excédent et dans le second cas, à titre de parenté. Mais est-ce là vraiment une différence réelle ou est-ce le titre qui change ?

A n'en pas douter, c'est d'une différence fondamentale qu'il s'agit, et d'ailleurs le titre en dit assez. La remise de l'excédent laisse entendre le cas où il n'existe aucun autre héritier que l'héritier fard en question, et si on n'attribuait pas l'excédent à cet héritier unique, cette partie de la succession resterait sans maître et devrait être déferée à ce titre à l'Etat. Tandis que l'acquisition de l'excédent à titre de parenté, laisse au contraire entrevoir un tout autre cas. L'héritier de cette seconde catégorie n'est pas unique absolument, mais il est unique dans son ordre, c'est-à-dire qu'il n'y a pas d'autres héritiers au rang utile pour pouvoir participer à la succession. Le titre de *parenté*, titre efficace et positif fait attribuer le reliquat de la succession à ce même héritier, à titre de parenté. Voilà en quoi consiste, cela nous semble-t-il, la différence entre ces deux titres.

3° Enfin la troisième catégorie d'héritiers prévue par l'article 898 du Code civil est celle des héritiers succédant uniquement à titre de parenté. Ce sont des héritiers universels. Ils ont une vocation à l'universalité de la masse successorale ou à ce qui reste après le prélèvement des parts assignées. Ici l'article 898 ne donne pas une énumération dans le genre de ce que nous avons rencontré pour les deux premières catégories. L'énumération serait d'ailleurs superflue puisque les deux articles pré-

---

frère utérin est plus éloigné par rapport au défunt que ses frères germains ou consanguins, c'est-à-dire qu'il est attaché au défunt par des liens moins solides, c'est pourquoi on peut le désigner par le mot *kalâla* tout court qui veut dire « parents éloignés » sans provoquer pour cela une confusion,

cédents, épuisent la liste des héritiers autres que ceux qui sont visés par l'article 898. Aussi l'article 898 déclare que les héritiers qui ne sont pas énumérés par les deux articles précédents, héritent à titre de parenté. Ce sont les vrais asibs de la succession musulmane. Nous savons par ailleurs que leur prérogative a été restreinte dans le mécanisme de la succession chiite.

Avant de terminer ce chapitre il faut traiter de la question de la pluralité du titre. Nous voulons parler du cas où une personne cumule à la fois deux titres de successibilité. L'article 865 du Code civil envisage ce cas. Suivant cet article, si une personne cumule deux titres différents, si ces deux titres ne s'excluent pas l'un l'autre, l'héritier sera appelé à la foi en vertu des deux titres à la succession. Dans le cas contraire, l'héritier succède en vertu du titre excluant.

L'hypothèse du 1<sup>er</sup> cas est facile à concevoir. Quant au second, il faut imaginer par exemple une mère qui, ayant un fils, se marie avec le frère de son ancien époux. De ce mariage elle donne le jour à un nouveau fils. Ces deux garçons qui sont en même temps frères utérins et cousins paternels, ne viennent l'un à la succession de l'autre qu'en vertu du premier titre. Cette question donne quelquefois lieu à des hypothèses classiques vraiment bizarres. Nous voyons dans l'ouvrage de M. Boulos, qui traite de la succession islamique des rites sunnites, des pages entières consacrées à l'étude des hypothèses du cumul des titres héréditaires (1).

#### § IV. — Représentation

Nous arrivons maintenant à la représentation successorale, question de si haute importance et qui pourtant fait défaut dans la législation islamique. Venir à la succession par représentation c'est accéder à la place de celui qui, si il avait survécu au défunt, aurait empêché les personnes qui lui sont issus de participer à la succession. Le représentant tient ainsi le lieu et la place du représenté et acquiert en cette qualité tous les droits reconnus à son auteur. Et tant que ce dernier survit au défunt, les personnes issues de lui n'entrent pas dans ses droits. La

---

(1) Boulos, *La succession en droit musulman*, Paris, 1925, voir surtout p. 229.



représentation dans le sens que nous venons indiquer, n'existe, pas en droit persan pas plus qu'en droit islamique, tout au moins si on veut bien donner aux mots le sens qu'ils comportent. On a essayé de rapprocher certaines autres institutions islamiques à la représentation. En réalité, c'est un rapprochement artificiel, plus encore une confusion. Nous devons examiner quel est le but poursuivi par la représentation et voir ensuite si un tel but est ou non envisagé par le droit musulman et par le Code civil persan.

Nous savons bien que la représentation c'est une présomption légale qui a pour but d'atténuer la rigueur du principe de la successibilité suivant le degré. Il n'est pas humain en effet que la mort prématurée d'un auteur prive ses orphelins d'une succession qu'ils retrouveraient dans la succession de cet auteur, si celui-ci survivait au défunt. La loi présume donc que l'affection que le défunt avait pour son enfant prédécédé s'est transportée sur la tête de ses petits enfants ; ceux-ci tiennent par cette présomption le lieu et la place de leur auteur. On imagine de plus, à tort ou à raison, que cette affection est plus intense par rapport à certaines catégories d'héritiers et c'est à l'égard de ces héritiers seuls que la loi établit la représentation. Par exemple en droit français le législateur reconnaît le droit de représentation au profit des descendants du défunt et aussi des enfants de ses collatéraux privilégiés. Le législateur considère que parmi les héritiers, ce sont ses descendants et ses collatéraux seuls qui occupent au point de vue de la représentation une place intéressante dans l'affection du défunt. Evidemment c'est une classification arbitraire et cette présomption, comme cela arrive souvent, ne répond pas toujours à la réalité des choses. Mais il n'est pas pourtant moins vrai que le principe de la représentation en lui-même est nécessaire et se justifie parfaitement.

Dans le Code civil persan on peut extraire de l'ensemble des articles qui se rapportent à la matière un seul principe. C'est que la représentation (ou plutôt l'apparence de la représentation, telle que nous allons le voir) s'applique non pas à l'intérieur d'une branche entre les successibles de cette même branche, mais à l'intérieur d'un ordre qui contient deux lignes opposées ascendante et descendante. Elle s'applique d'une ligne à l'encontre de l'autre. Nous savons que l'ordre des successibles dans

le Code civil persan ressemble au système germanique de parentèle ; chaque ordre contient (sous réserve des explications que nous donnerons plus tard) une ligne ascendante et une ligne descendante. La représentation ne peut pas avoir lieu entre les successibles d'une même branche. Les petits enfants par exemple ne viennent pas à la succession tant qu'il y a dans la succession des enfants de défunt. Elle s'applique par contre lorsqu'il s'agit d'un concours entre les héritiers de deux lignes. Exemple : Le père est, avec les enfants directs du *de cujus*, héritier de premier ordre. Il n'exclut pas néanmoins les petits-fils du *de cujus* qui viennent en concours avec leur grand-père et prennent la place de leur père en exerçant son droit. Ils sont cependant des héritiers du second degré, tandis que le père est héritier du premier degré. Si donc les successibles en présence sont d'ordre égal mais les uns de la ligne descendante et les autres de la ligne ascendante, même s'ils ne sont pas de degré égal ils peuvent concourir ensemble à la succession.

Avant d'aborder la question de représentation dans la législation islamique et dans le Code civil persan, il faut se rappeler que c'est à l'occasion d'une institution reconnue en droit islamique sous le nom de « l'exclusion héréditaire » qu'on a tenté d'établir un rapprochement entre le système de la représentation des législations européennes et de la représentation telle qu'elle résulte du mécanisme de la succession musulmane. Donc avant d'entamer l'étude de la représentation il faut voir en quoi consiste la théorie de l'exclusion.

### I. — *De l'exclusion héréditaire* (1)

Le Code civil, dans son article 886, donne la définition de l'exclusion de la façon suivante : C'est l'état d'un successible qui est exclu totalement ou partiellement de la succession, à cause de l'existence d'un autre successible.

---

(1) L'exclusion dans le langage juridique du droit musulman est appelé « Hadjb ». Etymologiquement, ce mot veut dire « s'interposer en voile ». En matière de la succession, il veut dire s'interposer entre le *de cujus* et le successible, ou bien pour exclure ce dernier de participer à la succession ou bien pour lui faire supporter une réduction de part. Il s'agit en somme d'une éviction ou d'une réduction.

En apparence, l'exclusion n'est autre chose que le principe de la proximité de degré. Au surplus, Querry nous donne sur la théorie de l'exclusion la définition suivante : « En principe général, l'appelé le plus proche exclut l'appelé plus éloigné » (1). Cette même définition est corroborée par l'article 888 du Code civil persan que nous retrouverons par ailleurs au sujet de la représentation. Donc, au premier abord, il paraît que la théorie de l'exclusion explique la même idée que le principe de la proximité du degré. En réalité, il n'en est rien et cette théorie ne fait pas le double emploi avec la proximité du degré. Elle est basée sur toute une autre idée. Elle veut établir un avantage au profit de certains héritiers à l'encontre de certains autres qui peuvent cependant être tous du même degré et du même ordre. Cet avantage n'est inspiré que par des idées que nous avons déjà rencontrées dans la succession islamique et qui constituent la cheville ouvrière de cette institution. Il s'agit du privilège d'asib, du privilège de la masculinité et du privilège de double lien.

Il y a deux sortes d'exclusion : exclusion absolue et exclusion partielle. Cela résulte de l'article 886 précité. Et l'article 887 pour éviter toute équivoque donne une explication plus ample sur ces deux sortes d'exclusion.

A) *L'exclusion absolue.* — Suivant l'article 887, l'exclusion absolue est celle qui exclut le successible de toute participation à la succession. L'exclusion est totale, parce que l'excluant, par le fait de sa présence, exclut totalement l'exclu de la succession. Cette exclusion s'exerce en pratique de deux façons : ou bien l'excluant éloigne l'exclu parce que dans leur ligne celui-là est plus proche au défunt que celui-ci. C'est l'application pure et simple du principe de la proximité de degré (Nous verrons cependant que ce n'est là qu'une apparence).

Ou bien l'excluant n'est pas plus proche au défunt que l'exclu. Ils sont tous les deux ou bien du même degré ou bien des deux lignes différentes : l'excluant éloigne l'exclu parce qu'il bénéficie d'un des privilèges qui lui sont reconnus tacitement par la loi. Les articles 887 jusqu'à 891 étudient l'exclusion totale. Nous allons les exposer par ordre de l'article.

*Article 887.* — Cet article nous cite dans sa première partie deux exemples de l'exclusion totale. Ce sont le cas d'un neveu

---

(1) Querry, t. II, livre VII, article 73.

qui, en présence du frère ou de la sœur du défunt, est exclu totalement de la succession et aussi le cas du frère consanguin qui est exclu de toute participation en présence de son frère germain.

Sur ces exemples, il y a quelques observations à mentionner. Si le critérium de la successibilité est la proximité du degré tel que l'article 888 prétend, quelle sera l'explication de l'exclusion du frère consanguin lorsqu'il est en concours avec le frère germain. Ces deux frères sont tous les deux de même ordre, de même degré, et d'une même branche. La différence du degré, le seul critérium établi par la loi, n'existe plus. Si nous constatons néanmoins l'exclusion du consanguin par le germain, c'est que ce dernier jouit du privilège de double lien. Donc la théorie de l'exclusion, contrairement à ce qu'il paraissait, n'a de sens que lorsqu'il y a deux héritiers situés au point de vue du degré et de l'ordre, dans des conditions égales, mais dont l'un est avantagé par rapport à l'autre à cause de certaines considérations légales.

Cette constatation confirme ce que nous disions plus haut sur la duplicité des deux principes de l'exclusion et de la proximité du degré. En effet si un héritier était éloigné de la succession parce qu'il était d'un degré plus éloigné, ce ne serait que l'application pure et simple des principes généraux de la succession. Il serait superflu d'imaginer pour cela une nouvelle théorie. Même les auteurs qui ont voulu tirer de la théorie de l'exclusion, une preuve à l'existence de la représentation en droit successoral islamique, sont d'accord pour dire que cette théorie est une nouvelle preuve des prérogatives des héritiers asibs.

En ce qui concerne le 2<sup>e</sup> exemple, c'est-à-dire l'exclusion d'un neveu en présence d'un collatéral privilégié, il semble que cette exclusion est la conséquence normale de la proximité. La théorie de l'exclusion ferait ainsi double emploi avec le principe de la proximité de degré. Cependant, il est difficile de dire que la théorie de l'exclusion n'ajoute rien au principe de la proximité. Car si nous remplaçons le collatéral privilégié par un ascendant ordinaire qui tous les deux — nous le savons déjà — forment le 2<sup>e</sup> ordre de successibles, le neveu ne sera pas écarté de la succession, mais il viendra en concours avec l'ascendant ordinaire qui est cependant de degré plus proche par rapport au défunt. La différence de degré n'est ici qu'un mirage. L'élément de degré ne joue plus son rôle quand il s'agit des successibles appar-



tenant aux deux lignes opposées, c'est-à-dire ascendante et descendante. Il ne s'applique qu'au cas où l'exclu est attaché au défunt par l'excluant. On a formulé cette règle dans les termes suivants : « Nul n'hérite en présence de celui par qui il est rattaché au défunt. » L'article 862 du Code civil classe les collatéraux privilégiés et leurs descendants avec les ascendants ordinaires tous dans le deuxième ordre de successibles. Si donc malgré tout, les descendants des collatéraux privilégiés sont exclus en présence de ces collatéraux eux-mêmes et ils ne le sont pas en présence des ascendants, c'est que le principe du degré étant insuffisant pour protéger les collatéraux privilégiés, la théorie de l'exclusion est intervenue pour exclure les descendants des collatéraux en face des frères et sœurs.

*L'article 888.* — Nous rencontrerons cet article lorsque nous reprendrons l'étude de la représentation. Quant à la théorie de l'exclusion, cet article nous dit que dans chaque ordre le degré précédent exclut le degré suivant, sauf le cas de l'article 936 et le cas où les successibles de degré plus éloigné viennent à la succession en remplaçant ceux du degré plus proche. Le terme « remplaçant » évoque l'idée de la représentation. Rien n'est pourtant moins exact que cette idée. Nous retrouverons plus loin cet article avec les exceptions qu'il entraîne.

*Articles 889 et 890.* — Ces deux articles sont le développement du principe de l'exclusion dans les 3 ordres d'héritiers. L'article 889 nous dit : « Parmi les successibles de 1<sup>er</sup> ordre si tous les enfants du défunt sont prédécédés ses petits-enfants remplacent leur père ou leur mère et concourent avec les ascendants privilégiés du *de cujus* dans le partage de la succession. Mais parmi des petits-enfants ceux qui sont plus proches du défunt excluent ceux qui sont plus éloignés. »

Dans ce partage chacun des petits-enfants remplace son père ou sa mère et participe à la succession pour la part qui revenait à son auteur. Et si ils sont nombreux ils se partagent la part qui leur revient, à raison de la double part pour l'homme. En d'autre terme, entre les groupes des petits-enfants le partage aura lieu par souche et à l'intérieur de chaque groupe à raison de la double part pour le mâle.

L'article 890 applique la même règle en ce qui concerne le 2<sup>e</sup> ordre d'héritiers, c'est-à-dire les ascendants ordinaires et les

collatéraux privilégiés avec leurs descendants. Suivant cet article si les frères et sœurs du *de cujus* sont tous décédés, leurs descendants les remplacent pour concourir dans la succession les ascendants du défunt. Mais parmi les descendants des collatéraux et parmi les ascendants, ceux qui sont plus proches par rapport au défunt excluent ceux qui sont plus éloignés. Le partage entre les groupes est par souche et chaque groupe reçoit la part qui revient à son auteur, par l'intermédiaire duquel il s'attache au défunt. Le partage à l'intérieur de chaque groupe est à quelque exception près, à raison de la double part pour le mâle. L'exception à laquelle nous faisons allusion est celle qui concerne les parents du côté maternel. Les frères et sœurs utérins et aussi les ascendants maternels du défunt, se partagent la part assignée sans subir la condition du privilège de la masculinité. Et d'autre part, une autre complication — que nous retrouverons plus tard lorsque nous traiterons des ordres de successibles et de leur part — consiste ici à la classification tripartite des collatéraux privilégiés et de leurs descendants. Il y a des collatéraux germains, consanguins et utérins. Le sort de chaque catégorie est différent et le règlement du partage se complique par la présence simultanée de ces différentes catégories d'héritiers dans la succession.

L'article 890 *in fine* concerne les héritiers de 3<sup>e</sup> ordre. Ils sont soumis exactement aux mêmes dispositions qui régissent les héritiers de 2<sup>e</sup> ordre.

*L'article 891.* — L'article 891 établit sous forme de principe ce qu'on pouvait déjà conclure *a contrario* de l'ensemble de la théorie de l'exclusion totale. Il résulte de cet article que le père, la mère, le fils, la fille, l'époux et l'épouse ne subissent pas la règle de l'exclusion totale. Nous disons « de l'exclusion totale » parce que à part des descendants du défunt les autres successibles énumérés par l'article 891 subissent quelquefois une exclusion partielle. Leur part diminue, ainsi que nous le verrons bientôt, du maximum au minimum.

B) *L'exclusion partielle.* — M. Marçais dans son ouvrage sur la succession islamique préfère avec raison, donner le nom de réduction à cette sorte d'exclusion. En somme il s'agit d'une réduction imposée par certains successibles à certains autres. On a beaucoup de peine à s'expliquer la cause réelle d'une telle réduction. En droit chiite et surtout avec le Code civil persan

actuel, le règne de telles règles anormales, qui contredisent à chaque instant, sans aucune explication plausible, les principes établis par la législation, a beaucoup diminué. En droit sunnite au contraire la situation est beaucoup plus embrouillée et c'est cette confusion qui a causé la perplexité des auteurs qui pensent qu'en cette matière, il y a une carence de principe. Nous constaterons plus loin certains de ces cas. En ce qui concerne l'exclusion partielle en droit chiite il faut exposer la règle suivante : selon les traités du droit chiite la réduction se produit dans deux cas : la réduction imposée par les enfants et la réduction imposée par les frères.

1° *Réduction imposée à certains successibles par les descendants du défunt.* — a) Les enfants du défunt et leurs descendants de l'un ou de l'autre sexe, empêchent les père et mère du défunt de bénéficier de plus du minimum de leur part assignée. Ils réduisent la part de ces ascendants privilégiés de son maximum à son minimum. Ainsi la part assignée à chacun des père et mère, en présence des descendants, est de  $\frac{1}{6}$  de la succession et en cas de leur absence de  $\frac{1}{3}$  pour la mère et de  $\frac{2}{3}$  pour le père. La présence des enfants réduit donc la part des ascendants au minimum de leur part assignée. Il y a cependant deux exceptions à cette règle :

a) Si les père et mère viennent tous les deux en concours avec la fille unique du défunt, la part assignée à chacun des père et mère est de  $\frac{1}{6}$  de la succession, et celle de la fille unique de  $\frac{1}{2}$ , c'est-à-dire de  $\frac{3}{6}$ . Après le partage, il reste encore un excédent de  $\frac{1}{6}$ . Suivant l'un des principes les plus essentiels de la succession chiite, cet excédent sera distribué parmi les mêmes successibles, tandis que suivant les principes de la succession sunnite l'excédent doit passer aux héritiers asibs, même s'ils sont d'ordre plus éloigné. C'est ce qu'on indique dans le langage juridique chiite « ta'sib est inopérant ». Alors comment partager cet excédent. Il y a deux cas à prévoir. Ou bien la mère (comme nous allons bientôt le voir) est par le fait de l'existence des frères du défunt empêchée de participer au partage, ou bien un tel empêchement n'existe pas.

Dans le premier cas, l'excédent d'un sixième sera partagé entre la fille et le père sur la base de leur part assignée. Ainsi  $\frac{3}{4}$  de cet excédent est attribué à la fille et  $\frac{1}{4}$  au père. Donc si nous réduisons les parts des successibles à leur dénominateur commun

nous aurons à attribuer  $\frac{4}{24}$  à la mère,  $\frac{5}{24}$  au père et  $\frac{15}{24}$  à la fille.

Dans le second cas, c'est-à-dire si la mère n'est pas empêchée de prendre part au partage de l'excédent, cet excédent sera distribué en 5 parts égales dont  $\frac{1}{5}$  sera attribué à chacun des père et mère et  $\frac{3}{5}$  à la fille. Ainsi après avoir réduit les parts à leur dénominateur commun, nous attribuerons à chacun des père et mère  $\frac{6}{30}$  et à la fille  $\frac{18}{30}$ .

b) La seconde exception relatée plus haut se produit lorsqu'il s'agit non pas d'une fille unique mais de plusieurs filles en présence des père et mère. La part assignée à chacun des père et mère est de  $\frac{1}{6}$  et la part assignée à deux filles ou davantage est de  $\frac{4}{6}$ . Ces deux parts à elles seules épuisent la totalité de la succession. Mais si au lieu de l'existence de l'un et de l'autre ascendants privilégiés il en existe un seul d'entre eux, il est tout naturel que le cas d'un excédent se présente. Il y a dès lors lieu de partager cet excédent entre les 2 filles et l'un des deux parents survivant. Si ce parent est père il n'y a aucune difficulté et l'excédent est divisé entre les héritiers à raison de  $\frac{2}{3}$  pour les filles et  $\frac{1}{6}$  pour le père. Donc le dénominateur commun en l'occurrence est 18. Le père reçoit  $\frac{4}{18}$  et les deux filles chacune  $\frac{7}{18}$ . Si c'est la mère qui survit au défunt, de deux choses l'une : ou bien elle est empêchée, par la présence des frères, de prendre part au partage de cet excédent, dans ce cas l'excédent est attribué aux deux filles seulement. Alors  $\frac{1}{6}$  de la succession revient à la mère et  $\frac{5}{6}$  aux deux filles, c'est-à-dire qu'en somme  $\frac{2}{12}$  reviennent à la mère et  $\frac{5}{12}$  à chacune des 2 filles. Ou bien un tel empêchement n'existe pas, et alors le partage de l'excédent s'effectue entre tous les héritiers sur la base de leur part assignée.

Toutes ces hypothèses sont prévues sans modification aucune par l'article 892 A, 1<sup>re</sup> alinéa. Cette partie de l'article prévoit les exceptions relatées plus haut en se référant aux articles 908 et 909 du Code. Donc, suivant cet article l'existence des enfants du défunt et de leurs descendants de l'un ou de l'autre sexe, empêche les ascendants privilégiés de prendre part au partage pour une part plus élevée que le minimum de leur part assignée, sauf dit l'article s'il s'agit des cas des articles 908 et 909 (rapportés plus haut) auxquels cas, les ascendants privilégiés peuvent participer à la succession pour une part plus élevée que le minimum tel que nous venons de le signaler. Cette remise est connue dans



le langage juridique sous le nom de la remise de l'excédent et aussi de l'attribution des parts par parenté.

D'autre part dans les différents traités de droit chiite toutes ces hypothèses sont rapportées dans des textes concis dont l'article 89 du livre VII, tome II de Querry est la fidèle expression. Cet article dit : « la présence d'un descendant direct à un degré quelconque et quel que soit son sexe, exclut le père et la mère de toute participation à la succession au delà des deux sixièmes, à l'exception du cas où il existe une ou plusieurs filles et l'un des deux ascendants », p. 337, t. II. Dans l'article 892 du Code civil, il y a une phrase dont l'importance au point de vue doctrinale est considérable. Dans l'institution successorale des deux sectes chiites et sunnites, il n'existe pas, à coup sûr (avec le principe reconnu sous le nom de al'aoul) un point de divergence plus profond que celui auquel nous faisons allusion en ce moment. C'est le principe reconnu sous le nom de « ta'sib ». Ce sont là deux principes gros de conséquences qui changent pour ainsi dire l'aspect entier de la succession chez les deux sectes. Etant donné l'importance de ces deux principes, nous différons leur exposé aux sections suivantes (1).

c) Les enfants du défunt imposent en second lieu une diminution de part à l'époux du défunt ou à son épouse. A quelque degré qu'ils appartiennent et de quelque sexe qu'ils soient, ils empêchent l'époux ou l'épouse de prendre part à la succession au delà du minimum qui leur est assigné. L'époux en présence de l'enfant a droit au quart de la succession et en son absence à la moitié. Quant à l'autre moitié, s'il n'existe aucun autre parent et successible pour le défunt, l'époux s'attribuera cette moitié. L'épouse en présence d'enfant a droit à un huitième de la succession et à son défaut à un quart. Quant aux  $3/4$  restants, il y a une divergence entre les auteurs. Nous l'examinerons en détail à sa place. Ici ce qu'il importe au point de vue de la théorie de l'exclusion partielle ou plutôt de la diminution, c'est la réduction de la part maximum à la part minimum, infligée par les enfants du *de cuius* de l'un ou de l'autre sexe au conjoint survivant. Cette règle n'emporte aucune exception ; elle est précise.

L'article 892 *in fine* rapporte cette hypothèse de la manière suivante : de même l'époux et l'épouse en présence des descen-

---

(1) Voir *infra*, pp. 253 et ss.

dants ne peuvent recevoir, le premier plus d'un quart et la seconde plus d'un huitième de la succession.

L'article 90 du chapitre précité de Querry mentionne de son côté cette règle dans les termes suivants : « la présence du descendant direct à un degré quelconque et quel que soit son sexe exclut aussi le conjoint survivant de la part la plus forte qui lui est assignée et réduit son droit à la part la plus faible », p. 337, t. II, Querry.

2° *Réduction imposée à certains successibles par les frères du défunt.* — Il s'agit ici d'une réduction imposée par les frères du défunt à la mère de celui-ci.

Cette réduction semble au premier abord très curieuse et les auteurs se demandent suivant quelle logique les frères qui ne sont pour rien dans la succession puisqu'ils ne participent même pas au partage sont en mesure d'infliger une réduction de part à la mère. Cette réduction ne profite pas aux frères mais au père du défunt. En effet les frères sont des héritiers de second ordre et les ascendants privilégiés sont avec les descendants du défunt héritiers du premier ordre. Et dans une telle succession les frères ne peuvent nullement bénéficier du partage pas plus que de la réduction. Quelle est dès lors la raison de la diminution imposée par les frères à la mère du défunt. Malgré l'apparence confuse de la question, l'explication est cependant très nette. C'est que si dans une succession dont le père et la mère participent tous les deux au partage, et que le défunt a laissé d'autre part des collatéraux privilégiés, étant donné que l'entretien et la nourriture des frères et sœurs du défunt sont habituellement à la charge du père et non pas de la mère, il faut donc avantager le premier par rapport à la seconde dans le partage de la succession. Les frères du défunt quoiqu'ils ne soient pas appelés à l'acte de partage, s'interposent tout de même entre la mère et sa part héréditaire, pour ramener cette part de maximum au minimum, et cela au profit du père qui est chargé de leur entretien. Alors la part de la mère qui en l'absence d'enfant du *de cujus* est normalement un tiers de la succession se réduit à  $\frac{1}{6}$ , la quotité minimum.

Toutefois cette réduction ne s'effectue que lorsque quatre conditions se remplissent simultanément :

1° Qu'il y ait au moins deux frères en question ou un frère et deux sœurs, ou quatre sœurs ;

2° Que le père survive ;

3° Que les frères ne soient pas frappés d'une incapacité successorale, sauf lorsqu'il s'agit du meurtre ;

4° Qu'ils soient germains ou consanguins.

Quelques réflexions sont nécessaires au sujet de ces quatre conditions :

1° En ce qui concerne la première condition, c'est une question d'appréciation législative pour désigner le nombre d'enfants. Le législateur estime qu'il faut que les frères soient au nombre de deux pour qu'ils puissent réduire la part de la mère. La législation considère que l'existence d'un seul frère ne surcharge pas beaucoup le père pour permettre une telle réduction. Mais ce qui s'explique moins, c'est la différence que la législation établit entre les deux sexes. Il semble vraiment bizarre de penser que les frais d'entretien et d'éducation de la fille soient à moitié moins élevés. C'est une distinction artificielle et plus encore stupide ici plus que partout ailleurs. Nous disons ailleurs parce que en ce qui concerne la succession proprement dite il existe pour la fille certains autres privilèges, qui contre-balancent dans une certaine mesure les défaveurs de ses droits successoraux. Il existe par exemple la dot et le douaire. Ces droits auxquels nous faisons ici une simple allusion sans entrer dans leur détail, réparent un peu les injustices commises à l'égard de la femme dans le partage successoral. Mais lorsqu'il s'agit d'une charge alimentaire il devient vraiment grossier de prétendre que la femme a des droits vitaux égaux à la moitié de ceux de l'homme. Cela revient à l'abaissement légal des conditions sociales de la femme, ce qui est justement contraire à la tendance législative actuelle.

2° La seconde condition, celle qui veut la survivance du père, va de soi et ne donne lieu à aucune observation.

3° La troisième condition au contraire exige quelque développement. Nous étudierons plus loin la question de la capacité en matière successorale. Nous verrons à cet endroit que parmi les causes de l'incapacité le législateur a prévu le meurtre, la malédiction et l'adultère. Parmi toutes ces clauses, le meurtre seulement ne fait pas déchoir l'incapable dans son droit à l'exclusion. Les deux autres causes d'incapacité, c'est-à-dire la malédiction et la naissance naturelle causent au contraire la déchéance en matière d'exclusion.

L'explication est que lorsqu'il s'agit du meurtre il est clair que la charge du père à l'entretien de l'enfant incapable ne sera nullement diminuée. Celui-ci restera toujours à la charge du père. Au contraire lorsqu'il s'agit des deux autres causes d'incapacité, le désaveu du père délivre celui-ci des charges qui lui incombait. La réduction de la part de la mère n'aura plus de sens.

La loi parle de l'incapacité. Il est évident qu'il n'est question de capacité ou d'incapacité que lorsqu'on est appelé à la succession. Or les frères ne sont pas appelés dans le présent cas. Cependant ce langage n'est pas une inadvertance législative et la loi veut dire par là que les frères seraient déclarés incapables s'ils venaient à la succession.

4° Enfin la quatrième condition devient suffisamment claire maintenant que nous connaissons assez l'esprit de la législation islamique. Les frères tuérins n'ont pas de rapport de parenté avec le père et ne s'interposent donc pas dans la succession au profit de ce dernier. Le père non plus n'est pas tenu des charges alimentaires à leur égard.

Toutes ces mesures sont prévues par l'article 892 b, qui s'exprime dans les termes suivants : « Si le défunt laisse plusieurs frères et sœurs, sa mère est exclue de prendre une part supérieure à 1/6, à condition que... » et ensuite l'article cite les quatre conditions énumérées plus haut.

Les articles 95 et suiv. de Query (1) rapportent le passage de « Charaye » traité du droit chiite sur cette matière. Les traités de droit chiite contiennent en plus de ce que nous venons de mentionner, quelques autres points que nous rapportons succinctement.

D'abord en ce qui concerne le nombre des frères et sœurs, les juristes disent que le critérium du nombre en matière de l'exclusion héréditaire est le même que celui que la législation admet en matière de témoignage. En matière de témoignage chaque fois que la procédure exige la déposition d'un témoin homme la législation admet le remplacement de ce témoin homme par deux témoins femmes.

---

(1) Query, t. II, livre VII, article 95.



Ainsi, prétendent les juristes musulmans, en matière d'exclusion tout comme en matière de témoignage, chaque homme égale deux femmes.

Cette circonvolution habile de la matière autour du principe admis en matière de témoignage paraît suspecte. Ce n'est pas parce que en fait de témoignage on a admis une telle mesure que son adoption devient plausible en matière de la succession. C'est au contraire l'infériorité sociale de la femme, rencontrée partout, dans l'esprit de la législation islamique, qui a donné naissance à toutes les différences entre les deux sexes. Différences tout aussi bien en matière successorale ou preuve par témoin que dans toutes autres matières.

En ce qui concerne la troisième condition, celle de l'incapacité, signalons ce point que dans la législation islamique il existe essentiellement trois chefs d'incapacité à savoir :

- 1° l'infidélité ;
- 2° le meurtre ;
- 3° l'esclavage.

Les autres causes telles que l'absence, la malédiction et autres, sont réunies, dans les traités de droit, sous la rubrique générale de « quelques autres causes d'éviction héréditaire ». Donc dans l'islamisme le fait de professer une autre religion que celle de l'Islam, et à plus forte raison l'apostasie, et aussi l'état de servilité, sont des causes d'incapacité successorale. Ces mesures ont perdu aujourd'hui tout leur crédit. En ce qui concerne la conception au moment de l'ouverture de la succession, nous devons faire observer en cet endroit (pour retrouver la question plus en détail à sa place) que la conception à elle seule n'emporte pas le droit d'exclusion. Les textes des traités du droit chiite disent sur cette matière que la conception à elle seule est inopérante pour deux raisons :

- 1° Parce qu'il est douteux que le conçu survive ;
- 2° Parce que la charge d'aliment qui est la cause de l'exclusion est actuellement inexistante.

Mais on a admis qu'après la naissance, l'état vivant de l'enfant, peut entraîner l'exclusion de la mère.

En effet si l'enfant après la naissance survit, les causes qui engendrent la privation de la mère reparaissent et dès lors il faut en déduire les mêmes effets.

Ainsi, en cette matière tout comme lorsqu'il s'agit de la dévolution héréditaire, la simple conception est rejetée pour faire place à l'état viable de l'enfant.

L'article 100 du Livre VII, t. II, de Querry résume ce point de la manière suivante : « Quant à la condition pour les frères et les sœurs, d'être nés au moment du décès de la personne de laquelle ils sont appelés à hériter, les légistes ne sont pas d'accord ; mais il paraît plus vraisemblable que, dans ce cas, il ne suffit pas que l'appelé soit conçu, il faut encore qu'il soit né viable » (1).

C'est l'opinion du grand juriste Mohaqeq et c'est aussi cette opinion qui a prévalu chez les autres juristes de première autorité.

Le Code civil persan a gardé le silence sur la matière puisque celle-ci ne porte aucune exception aux règles générales de la législation. Elle n'implique par conséquent aucune réglementation spéciale.

#### CONCLUSION

Contrairement à ce qui se passait dans la théorie de l'exclusion absolue, en matière de réduction, il n'existe pas une règle qui serve de directive. Dans la théorie de l'exclusion totale nous avons rencontré le principe « Nul n'hérite en présence de lui par lequel il se rattache au défunt ». Nous avons ainsi dans ce domaine un autre principe, suivant lequel « La préférence est accordée d'abord à l'ordre, puis au degré, puis à la force du lien ». L'ensemble de ces principes régissait la matière de l'exclusion totale. Au contraire en matière d'exclusion partielle, de telles règles n'existent pas. Ici les considérations qui font prévaloir l'application de l'exclusion partielle changent suivant les circonstances. Mais de l'ensemble de la législation sur la matière on peut tirer malgré tout une idée maîtresse qui domine toute cette théorie. C'est l'esprit de l'équité. Cet esprit veut que dans les deux cas de l'exclusion partielle, les enfants du défunt et leur descendants, ou enfin le père chargé de l'entretien des frères soient traités tel que l'équité désire, et non pas

---

(1) Querry, t. II, p. 338.

tel que le maximum de la part assignée commande. Et d'ailleurs en cela l'esprit de l'équité n'a rien de contradictoire avec le texte de la loi qui a prévu lui-même la part minimum.

## II. *Observations sur la théorie de l'exclusion chez les chiïtes et les sunnites*

A) Exclusion totale. — M. Marcais dans son traité sur la succession musulmane, en traitant de la théorie de l'exclusion, présente cette partie comme la plus confuse et la plus impénétrable de l'ensemble de la législation islamique en matière successorale. Il prend comme base de ses études la législation islamique des sectes sunnites. Il n'a pas voulu monter dans cette étude à la source de cette confusion pour éclairer un peu les ténèbres qui y règnent et diminuer l'effroi qu'on ressent de cet état chaotique.

Pour démêler cet enchevêtrement, nous posons deux principes essentiels qui sont suivis dans la législation chiïte et dont l'inexistence chez les sunnites a provoqué les confusions décriées. Il s'agit des deux principes de la préférence de degré et de la préférence de l'ordre.

1° *Préférence de degré.* — D'abord la proximité de degré est la règle rigoureusement suivie chez les chiïtes. Elle ne comporte pas d'exception. Chez les sunnites cette règle n'a pas la même force. Il résulte dès lors que dans la succession chiïte tant qu'il existe pour le défunt un enfant de l'un ou de l'autre sexe, cela importe peu, son petit-enfant de l'un ou de l'autre sexe, cela importe encore moins, ne participe pas à la succession.

Chez les sunnites, au contraire, malgré que cette règle soit admise en principe, et les deux axiomes « Nul n'hérite en présence de celui par lequel il se rattache au défunt », et « La préférence est accordée d'abord à l'ordre, puis au degré, puis à la force du lien », en sont la preuve, la règle « d'asaba », c'est-à-dire la descendance mâle par le mâle a toujours la préférence. Elle peut même primer la règle de la proximité de degré.

Alors chez les sunnites on constate l'envahissement en masse de nombreuses exceptions qui mangent la règle et qui donnent naissance aux cas « d'espèces » comme disent les auteurs. Citons donc quelques exemples à propos de ce premier principe pour nous rendre mieux compte de la différence qui existe entre les

chiites et les sunnites dans l'application de ce principe. La glose du traité chiite (1) nous donne en cette matière quelques exemples que nous reproduisons.

1<sup>er</sup> exemple. — Il y a dans la succession une fille du défunt et un petit-enfant *du fils* prédécédé. Chez les chiites la fille étant de 1<sup>er</sup> degré exclut le petit-enfant quel que soit son sexe. Chez les sunnites au contraire l'enfant *du fils* du défunt qu'il soit lui-même fils ou fille vient en concours avec la fille du défunt d'une façon absolue.

Si l'enfant du fils est une fille, elle reçoit  $\frac{1}{6}$  de la succession. S'il est lui-même un fils, le phénomène de « ta'sib bighaireh » très connu chez les sunnites s'applique. Il consiste en ce que le petit-fils communique sa qualité d'asib à la fille du défunt et partage avec elle la succession suivant le principe du privilège de masculinité, c'est-à-dire à raison de la double part pour lui-même et d'une part pour la fille du défunt. Voilà déjà des complications qui apparaissent et qu'on a vraiment du mal à comprendre la raison de ces exceptions.

2<sup>e</sup> exemple. — Dans la succession il y a deux filles ou davantage du défunt et un *fils du fils* du défunt prédécédé. En droit chiite le petit-fils étant de deuxième degré ne participe pas à la succession. La règle de proximité de degré s'applique sans accorder aucun privilège au sexe masculin. En droit sunnite au contraire l'enfant du fils à condition qu'il soit lui-même fils, vient en concours avec les deux filles ou davantage du défunt.

Cela prouve d'abord une chose. C'est que si à la place du fils de fils il y avait une fille de fils, elle ne pouvait pas prendre part à la succession en présence de deux filles ou davantage du défunt. Donc le fils du fils ne vient pas à la succession, non parce que la règle de la représentation le veut ainsi, mais parce que il est héritier asib, c'est-à-dire héritier mâle mais par le mâle. C'est le privilège de la masculinité qui favorise le petit-fils. Si on ne connaissait pas la raison de la participation du petit-fils à la succession, ou aurait pu croire que c'est là, une application de la règle de représentation. Mais nous connaissons maintenant que c'est le privilège d'asib qui prime en droit successoral sunnite toutes les autres règles.

---

(1) Charâyé de Mihageq, éd. de Teheran, 1311 de l'hedjire, p. 260.



3<sup>e</sup> exemple. — Il y a dans la succession un fils et des petits-enfants de l'un ou de l'autre sexe des enfants prédécédés. Dans cet exemple les petits-enfants sont tous exclus par le fait de la présence d'un fils, héritier asib par excellence.

La présence d'un fils suffit à elle seule à éliminer tous les petits-enfants. Sur ce point il y a unanimité entre les deux sectes chiite et sunnite. Mais nous croyons que cette unanimité ne s'effectue pas de la même manière entre les deux sectes.

a) Pour les chiites cette solution n'est pas une chose nouvelle car pour eux le principe de la proximité étant la règle, cette hypothèse n'est qu'un résultat qui en découle. La preuve c'est que dans la doctrine chiite on applique cette règle indifféremment chez les fils aussi bien que chez les filles du défunt. De sorte que si le défunt ne laisse qu'une seule fille et plusieurs petits-enfants de l'un ou l'autre sexe et de différents degrés, ils sont tous exclus par la fille unique. Ils sont exclus même si ils sont des asibs. Mais si les enfants du 1<sup>er</sup> degré font défaut, les enfants du second degré prennent leur place et éliminent les enfants du troisième degré et ainsi de suite. Dans chaque degré les enfants de l'un ou de l'autre sexe touchent la part qui revient à leur auteur commun. Ici un des effets de la représentation qui est le partage par souche survient. Le système ainsi que nous le voyons est très méthodique. Il ne faut qu'un article de loi introduisant la représentation dans le mécanisme de l'institution successorale, pour qu'une grande partie des lacunes en cette matière soit comblée.

b) Pour les sunnites cette solution est le résultat concerté de deux principes : le privilège d'asib (le plus important) et la règle de la proximité de degré (flexible selon les cas cédant le pas devant le 1<sup>er</sup>). La combinaison de ces deux règles provoque l'exclusion des petits-enfants des degrés suivants au profit du petit-fils du degré précédent.

2<sup>o</sup> *Préférence de l'ordre.* — Un second principe encore rigoureusement suivi dans la doctrine chiite est la préférence de l'ordre. Il consiste en ce que tant que dans l'ordre précédent il existe des héritiers, l'héritage ne peut pas être dévolu à l'ordre suivant.

Chez les sunnites, quoique en principe, la règle suivante : « La préférence s'accorde d'abord à l'ordre, puis au degré, puis à la force du lien » soit admise, en pratique cette règle n'est res-

pectée que tant qu'il s'agit d'héritier asib. Dès que dans un ordre l'héritier asib fait défaut, l'héritier fard, c'est-à-dire à part assignée, touche sa part et le reste est dévolu à l'héritier ou aux héritiers asibs de l'ordre suivant. Donc, si dans la succession figure une fille de défunt et ses collatéraux privilégiés, la succession sunnite attribue à la fille sa part assignée, soit la moitié de la succession, et l'excédent sera dévolu aux collatéraux c'est-à-dire aux héritiers de second ordre. Car le frère est un héritier asib et malgré la postérité de son ordre il exerce son droit successoral en concours avec les héritiers fards de l'ordre précédent. Son accession à la succession fait profiter les sœurs qui, par le phénomène du « ta-sib bi ghäirihi », participent au partage.

Si, dans l'exemple précédent, à la place d'une fille unique il y avait deux filles ou davantage, elles recevraient toutes ensemble  $\frac{2}{3}$  de la succession, leur part réservée. Et en ce qui concerne le reliquat, on l'attribue aux héritiers asibs de l'ordre suivant. Tout cela pourquoi ? Parce que les frères sont héritiers asibs et devant l'énigme d'asaba aucune force ne peut résister. La règle de la préférence de l'ordre est encore battue en brèche.

Voici quelques observations faites au sujet de l'exclusion totale et qui causent, à juste titre, les griefs adressés par Marcais à son sujet. Ce sont en somme ces enchevêtrements exagérés qui font dire à l'auteur : « A défaut de beaucoup de faits juridiques nouveaux, le chapitre du *habjd* nous offrira-t-il une théorie d'ensemble de la réduction totale ou partielle ? Justifiera-t-il son droit à l'existence en posant quelque principe général, suivant lequel s'opéreraient les évictions et les réductions entre les nombreux héritiers reconnus par le droit musulman ? Nous ne le croyons pas » (1). Et l'auteur de citer dans les pages suivantes des exemples qui démontrent la méconnaissance des règles qui paraissent pourtant la cheville ouvrière de la théorie de l'exclusion.

B) Passons maintenant à l'exclusion partielle ou à la réduction

Avec tout ce que nous avons dit précédemment en matière de la théorie de l'exclusion et avec l'effort que nous avons fait pour dégager l'esprit de la législation sunnite en cette matière, nous n'avons pas grand'chose à ajouter ici. Seulement une observa-

---

(1) Marcais, *op. cit.*, p. 70.

tion de M. Marçais attire l'attention. Contrairement à l'exclusion totale dans laquelle il existait en principe quelques règles, dit l'auteur, dans l'exclusion partielle, on est en face du manque total de toutes règles, et « les faradys (c'est-à-dire les juristes en matière de la succession) eux-mêmes n'ont pas cru possible d'en soumettre les hypothèses capricieuses à une règle unique ». Cette observation en principe est très juste, lorsqu'il s'agit de la doctrine sunnite. Mais elle ne s'applique pas à la solution donnée par la doctrine chiite.

Dans les deux cas de réduction réglementés par le Code civil persan tels que nous les avons étudiés plus haut, nous avons pu remarquer que, aussi bien dans le cas de la réduction imposée par les descendants aux ascendants ou à l'époux survivant, que dans le cas de la réduction imposée par les frères et sœurs à la mère, il y avait de la part de la législation un souci louable de conformer les intérêts des héritiers en cause avec l'esprit de l'équité. Le système sunnite a outrepassé encore sur ce point les principes posés auparavant. Ce procédé a créé, en plus d'injustices, beaucoup de complications. Et ce sont les exceptions apportées à chaque instant à la règle qui font dire à M. Marçais : « S'il apparaît que la majorité des hypothèses de *hadjh en nouccsan* (la réduction) soient conditionnées par l'existence de l'un ou de l'autre de ces deux faits, différence de sexe, différence de degré, il est certain aussi que dans nombre de cas où l'un des deux se rencontre il n'y a pas *hadjh en nouccsan*. Par suite on ne saurait tirer de leur combinaison la formule d'un principe général qui put servir à distinguer nettement les hypothèses où il y a réduction, de celles où il n'y a pas réduction » (1). La raison de cette irrégularité est sans aucun contredit la promiscuité dans l'ordre et dans le degré qui résulte elle même du privilège d'« asaba ». Cette promiscuité d'ordre successoral bouleverse évidemment la solidité de tous les autres principes qui paraissaient pourtant servir de base à la théorie de réduction. Par exemple l'auteur ne s'explique pas comment il se fait que : « La mère plus rapprochée du défunt que les sœurs, non seulement ne leur fait pas subir de réduction, mais par une intervention singulière, reçoit en leur présence une part moins

---

(1) Marçais, *op. cit.*, p. 70.

dre que son fard normal » (1). L'explication nous est maintenant claire. Cette question se décompose en deux points distincts : d'abord comment se fait-il qu'en présence de la mère, qui est plus rapprochée du défunt, la sœur prend sa part sans subir de réduction et ensuite comment se fait-il que c'est la mère, qui, malgré la proximité d'ordre, subit par la présence des sœurs une réduction ? Sur le premier point, nous savons que c'est le système sunnite qui adopte cette solution, chez les chiites l'ordre précédent prime le droit successoral de l'ordre suivant. Et l'article 905 du Code civil persan consacre cette idée. Chez les sunnites par contre la mère qui est héritière réservataire ne peut pas recevoir au delà de sa part assignée. Le reliquat est attribué aux autres héritiers, même s'ils sont d'ordre postérieur.

Par conséquent l'étonnement de M. Marçais sur le premier point est juste lorsqu'il se demande comment il se fait que la mère qui est du 1<sup>er</sup> ordre n'empêche pas les frères et sœurs qui sont du second ordre de participer à la succession, elle ne leur fait même subir aucune réduction. En effet cette solution est inconséquente, mais elle est sinon explicable, du moins expliquée.

Sur le second point nous avons précédemment expliqué les conditions posées par le Code civil persan inspiré de la doctrine chiite pour la mise en application de la réduction des parts.

Les sœurs font subir une réduction non pas dans leur propre intérêt, mais dans l'intérêt du père qui a à sa charge l'entretien et l'éducation des enfants communs. Ces considérations justifient la réduction subie par la mère au profit du père. Sur ce point donc l'explication est satisfaisante.

Cet exposé succinct de la théorie de l'exclusion nous permet de conclure que dans le système sunnite la confusion que tous les auteurs ont remarqués existe réellement. La cause de cette confusion est l'état flexible des règles qui sont chez les sunnites dépourvues de toute garantie de constance et de permanence. Si l'ordre, le degré et la force du double lien sont admis par principe, ils ne le sont pas d'une façon immuable. Ils cèdent tous au privilège d'asib, lequel jette ainsi le désordre dans le mécanisme de la succession sunnite.

---

(1) Marçais, *op. cit.*, p. 71.



### III. La représentation

A) *Représentation dans le Code civil persan.* — Maintenant que nous connaissons l'esprit de la théorie de l'exclusion, nous pouvons comprendre le rapport entre cette théorie et la soi-disante représentation. Nous allons constater que la représentation, au sens qu'on donne d'habitude à ce mot, n'existe pas dans la succession islamique. Nous savons déjà que, suivant les principes du droit islamique, nul ne peut hériter du défunt si la personne par qui il est rattaché au défunt figure parmi les successibles. Si au contraire, cet intermédiaire fait défaut, le successible en question participera à la succession en remplaçant son auteur.

Le premier principe est la théorie de l'exclusion, et le second est celui de la représentation.

L'article 888 du Code civil en parlant de cette matière dit que le critérium de l'exclusion est la proximité d'héritier par rapport au défunt. Donc en principe le plus proche exclut le plus éloigné, nous dit cet article, sauf au cas de l'article 936 et au cas où *l'héritier plus éloigné est appelé à la succession à titre de remplaçant* (disons le mot, à titre de représentation).

Mettons de côté l'hypothèse de l'article 936 que nous retrouverons par ailleurs. Abordons l'hypothèse de l'héritier plus éloigné qui est appelé à la succession à titre de remplaçant. En quoi consiste en réalité cette hypothèse et quel cas envisage-t-elle ? Voici la réponse : Si les héritiers du degré appelé à succéder sont tous prédécédés, de sorte qu'il n'y ait aucun représentant habile, ce sont les représentants du degré immédiatement après qui seront habiles à succéder en tenant chacun lieu et place de son auteur par l'intermédiaire duquel il est attaché au *de cujus*. C'est ce que la loi appelle prudemment le remplacement, et on est tenté de le traduire par représentation. Il y a plus encore : nous connaissons que dans chacun des trois ordres de successibles il y a suivant la législation islamique, une branche ascendante et une branche descendante. Il y a le système de parentèle. Or, si dans une branche les représentants du degré précédent font défaut, les représentants du degré immédiatement après viennent utilement à la succession en concours avec les représentants de l'autre branche. On est tout porté à croire

à l'existence de la représentation. En effet si les héritiers de degrés différents sont tous appelés à succéder, n'y a-t-il pas lieu de penser que les héritiers de degré plus éloigné ont pris le lieu et place de leur auteur pour s'attribuer la part qui revenait à ce dernier, si il avait survécu ? N'y a-t-il pas lieu de dire que c'est par représentation que le petit-fils tient la place du fils pour concourir avec le père ou la mère du défunt dans le partage de la succession ?

Mais avec un peu plus de réflexion le simulacre de cette ressemblance se révèle vite aux yeux.

Les petits-enfants ne viennent pas dans notre exemple à la succession par représentation mais ils viennent de leur chef. Evidemment pour ce qui concerne leur quote-part ils auront la quote-part qui revenait à leur auteur commun. Mais il n'en est pas moins vrai que leur vocation héréditaire leur est échue directement de leur propre chef et non pas par représentation. Ici, tout comme au cas où il s'agissait de leur accession à la succession à cause de l'inexistence d'aucun représentant de degré précédent, ils agissent en leur propre nom. La représentation est inexistante.

L'article 388 du Code civil qui pose l'exception d'un héritier qui vient à la succession en remplaçant son auteur, ne traite de son remplacement qu'au point de vue de la quote-part et non pas au point de vue de la vocation. Cet article envisage le cas des héritiers du premier ordre. Il en est de même pour les héritiers des deux autres ordres.

Ainsi l'article 890 est l'application de ce même principe aux descendants des collatéraux privilégiés. Nous savons déjà que ces collatéraux forment, dans le système de la succession persane, avec les ascendants ordinaires, le deuxième ordre d'héritiers. Or les descendants de ces collatéraux en cas d'inexistence de ces derniers, remplacent leurs propres parents pour concourir avec les ascendants ordinaires à la succession. Mais, ajoute l'article 890, 2<sup>e</sup> alinéa, parmi les ascendants ou les enfants des collatéraux privilégiés, les plus proches au défunt excluent les plus éloignés.

Ici, pas plus que dans le cas précédent il ne s'agit pas de la représentation. L'explication est la même. L'article 890, 2<sup>e</sup> alinéa, précise d'ailleurs qu'en cas de concours entre les degrés différents le degré plus proche exclut le degré plus éloigné. Par

conséquent, l'arrière-neveu par exemple, en cas de prédécès de son père, sera complètement exclu par le neveu, et ne concourra avec les ascendants ordinaires du défunt que ceux parmi les enfants des collatéraux qui sont les plus proches par rapport au *de cujus*. C'est que l'idée de la représentation est abandonnée pour faire place à l'idée de l'accession à la succession de son chef. L'article 890 *in fine* déclare que le contenu de cet article sera appliqué à l'égard des parents de troisième ordre, c'est-à-dire des collatéraux ordinaires du côté paternel ou maternel. L'application est la même, l'observation aussi.

Voici le contenu des articles qui pouvaient être interprétés comme envisageant le principe de la représentation dans le Code civil persan. L'inexistence de la représentation est encore plus radicale lorsqu'il s'agit des héritiers d'une même branche. Dans le Code civil on peut constater plusieurs articles qui se rapportent à ce sujet. Tous, contrairement à ce qui semble, ont pour but de renier le principe de la représentation plutôt que de l'affirmer.

L'article 610 nous dit :

Si le défunt a laissé des enfants ou même un enfant unique les petits-enfants ne viennent pas à la succession.

La condition « même un enfant unique » paraît superflue. On l'a insérée peut-être pour éviter toute sorte d'équivoque. On a voulu renforcer le principe, en précisant que même si les petits-enfants sont nombreux, même si l'enfant du défunt est unique, le nombre n'influe en rien sur la solution finale et la totalité de la succession est dévolue à l'enfant unique, à l'exclusion des petits-enfants des prémourants. Ce principe est appliqué par d'autres articles à l'occasion de la vocation d'autres groupes de successibles. Le plus expressif d'entre eux est l'article 889 *in fine*, qui après avoir établi l'élévation des successibles du degré suivant, au rang de ceux du degré précédent au cas de l'inexistence de ces derniers, ajoute que parmi les appelés, les plus proches excluent les plus éloignés.

Le Code rejette ainsi l'idée de la représentation, même quand il s'agit des descendants du défunt et des enfants des collatéraux privilégiés, juste les deux catégories d'héritiers pour lesquels le droit français établit la représentation. Ce rejet est prévu dans les articles que nous avons relatés plus haut et dans d'autres que nous rencontrerons plus loin, chaque fois qu'il s'agit des succes-

sibles d'un même ordre et de différents degrés dans une même branche.

B) *Tentative pour affirmer l'existence de la représentation dans le droit successoral islamique.* — Certains auteurs pensent que contrairement à l'apparence le principe de la représentation n'est pas complètement étranger à la succession islamique. Seulement il est mal compris et avec les complications doctrinales des périodes de la formation classique du droit musulman, la représentation a été (mitigée). M. Boulos, dans sa thèse précitée sous le titre de la *représentation successorale* (pp. 183 et suiv.), pense pouvoir établir cette manière de voir. Il croit trouver dans les deux théories de Tanzil et de Hadjb, l'essence du principe de la représentation. On n'a pas de peine à entrevoir que tout au long de ce développement, l'auteur confond peut-être sciemment, le véritable sens de la représentation telle qu'on l'entend dans le langage juridique. Entrer dans le détail de cette étude, manque d'intérêt d'autant plus que l'auteur lui-même reconnaît (et c'est après cet aveu qu'on a du mal à comprendre la confusion de l'auteur), que les deux théories de Tanzil et de Hadjb ont pour but de mettre en harmonie la représentation avec les deux autres théories du Faraïd et du Ta'sib (p. 183).

Alors dans l'exposé des théories de Tanzil et de Hadjb, l'auteur cite des exemples qui, en réalité, prouvent mieux le rejet catégorique de la représentation au sens qu'on donne communément à ce mot. De sorte qu'à la fin de cet exposé on est porté plus que jamais à croire à l'inexistence réelle de la représentation dans la succession islamique. Sans entrer donc dans le détail de la question, nous exposons brièvement l'idée de l'auteur pour mettre mieux en relief les points qui, selon nous, ont causé cette confusion.

a) En ce qui concerne la théorie de « Tanzil » dans tous les exemples que l'auteur nous donne, si on approfondit le fond du problème on voit que ce n'est point en vertu du principe de la représentation que l'héritier remplace son auteur pour éloigner un autre successible, mais bien au contraire pour écarter ce principe et faire place au privilège d'« asaba ». Car avec la théorie de « Tanzil » c'est l'enfant d'un asib qui remplace son auteur pour écarter de la succession l'enfant d'un non asib.

La théorie de « Tanzil » se ramène donc à ceci : si les héritiers sont de degré différents les plus proches excluent les plus éloi-



gnés. S'ils sont tous de même degré ceux qui sont rattachés au défunt par un parent asib excluent ceux qui ne le sont pas. Or, ce principe nous amène juste à l'antipode de ce que le principe de la représentation commande. Car non seulement les enfants d'un héritier prémourant ne prennent pas part à la succession s'ils ne sont pas appelés de leur chef, mais même les successibles qui sont de degré utile ne prennent pas part à la succession s'ils ne sont pas des parents asib. On ne peut franchement pas donner le nom de représentation à ce système.

b) En ce qui concerne la théorie de Hadjb l'auteur étudie successivement l'exclusion totale et l'exclusion partielle.

1) Quant à l'exclusion totale les explications de l'auteur se décomposent en 3 parties :

1° explications relatives aux aïeuls et aïeules ;

2° explications relatives aux collatéraux ;

3° explications relatives aux descendants.

1° En ce qui concerne le premier point il faut faire avant tout cette remarque que l'assimilation pure et simple des aïeuls et des aïeules aux père et mère, est une disposition spéciale au droit sunnite. Chez les chiites les ascendants autres que les père et mère sont classés dans le second ordre et ne viennent à la succession qu'à défaut des ascendants privilégiés et des descendants. Ils viennent à la succession en concours avec les collatéraux privilégiés. Donc le concours entre les ascendants ordinaires et les enfants du défunt est chose inconnue en droit chiite. D'autre part, l'exclusion de frères par le grand-père est aussi chose étrangère à la succession chiite. Les hypothèses relatées par l'auteur dans cette partie de son ouvrage sont donc exclusives au droit sunnite.

Après cette remarque si nous étudions maintenant de près les hypothèses prévues par l'auteur nous constatons qu'une confusion est commise sur ce point. D'abord, dit l'auteur, le grand-père paternel est considéré comme le père et dans son absence il prend la place de celui-ci et jouit de tous les droits à lui reconnus : c'est, conclut l'auteur, la représentation.

Prenons un exemple : Admettons qu'une loi quelconque intervienne pour donner un rang spécial à un héritier quelconque. Le droit ainsi reconnu par la loi à son ayant droit ne peut pas être étendu aux autres personnes. C'est une disposition limitative. Il en est de même pour la question qui nous occupe en ce

moment. Peut-on prétendre qu'en cette occurrence le privilège reconnu au grand-père paternel découle de la théorie générale de la représentation ? Non ; puisque s'il en était ainsi il faudrait une extension générale de la théorie sur toutes les catégories d'héritiers. La loi hanafite, a ce que dit l'auteur, admet que « le grand-père paternel est considéré comme le père ». Est-ce là une représentation ? Nullement ; c'est un simple privilège reconnu au grand-père paternel par la loi. Si non, pourquoi la représentation s'appliquerait-elle seulement en faveur du grand-père paternel et non pas en faveur de la grand-mère paternelle. Pourquoi elle ne s'appliquerait pas non plus en faveur des grand-père et mère maternels. Pourquoi d'autre part, c'est dans la loi hanafite ou d'une façon générale dans la législation sunnite seulement que cette faveur est reconnue au grand-père paternel et non pas dans toute la législation islamique ? Pourquoi, — et cela est encore plus grave, — si la représentation existait déjà, on a érigé une nouvelle règle pour sauvegarder l'intérêt du grand-père ? Non, la représentation n'existait pas et pour donner un privilège au grand-père paternel (privilège d'ailleurs limité au cas prévu), on fut obligé d'établir l'axiome « grand-père paternel est père ». Dès lors cet héritier ne vient pas à la succession par représentation mais il vient en vertu d'un privilège que la loi lui a accordé.

Nous ne nous attardons pas sur le cas des autres aïeuls ou aïeules paternels ou maternels. On a d'ailleurs beaucoup de peine à faire pénétrer dans l'esprit les dispositions qui les concernent.

2° En ce qui concerne les collatéraux combien il est plus facile d'observer le manque total de représentation dans cette catégorie d'héritier.

Tout d'abord la règle « Celui qui se rattache au défunt par une personne est exclu par cette personne de toute participation à la succession » a pris, dans la pratique, une extension malheureuse. Ce principe est évidemment très juste en soi. Mais on ne s'est pas contenté des conséquences logiques du principe et on l'a étendu aux cas pour lesquels ce principe n'était pas posé. Le principe nous dit : Celui qui se rattache au défunt par une personne *est exclu par cette personne*. Il ne dit nullement qu'on est exclu par celui qui sans être intermédiaire occupe dans le rang successoral la même place que l'excluant. Cependant on a, en pratique, assimilé à cet intermédiaire toutes autres personnes de son rang.

Ainsi le neveu est exclu non seulement par son père, mais en l'absence du père, il est exclu de même par son oncle. L'oncle n'est pas l'intermédiaire envisagé par le principe ; il exclut cependant le fils de son frère. Donc sur ce point la représentation fait visiblement défaut.

3° Enfin en ce qui concerne les descendants l'absence de représentation est encore plus apparente. Ici, le défaut du principe est avoué par l'auteur lui-même. Il reconnaît l'extrême injustice de la règle qui établit d'une façon décisive l'exclusion des petits-enfants par les enfants (p. 194).

De cette façon la représentation est inconnue dans la législation islamique. Son défaut est surtout visible dans deux endroits qui sont justement l'objet d'intérêt particulier dans les législations contemporaines. Ce sont le cas des descendants et celui des collatéraux privilégiés. Quant aux ascendants la représentation est fictive et en réalité inopérante.

II) Nous arrivons ainsi à l'exclusion partielle. Sur ce point une remarque préliminaire s'impose. Ici tout comme en matière d'exclusion totale le droit chiite n'a pas adopté la même solution que le droit sunnite. Tandis que chez les chiites dans l'ordre descendant, la proximité de degré est rigoureusement suivie, chez les sunnites au contraire cette règle ne s'applique que tant qu'il s'agit de descendants asib, aux dépens des héritiers non asib. Si donc la succession est ouverte au profit d'une fille du défunt et d'un petits-fils, celui-ci étant asib vient à la succession en concours avec la fille du défunt. Il communique même sa qualité d'asib à sa tante et il s'attribue de cette façon le double de la part attribuée à celle-ci.

M. Boulos en nous rapportant cet exemple veut conclure que c'est sous l'effet de la représentation que le petit-fils concourt à la succession avec la fille du défunt. Car, pense l'auteur, la communication de la qualité asib à la fille qui est déjà, en tant qu'attachée directement au défunt, une héritière asib, n'a d'autre raison d'être que de prouver l'existence de la représentation. « On voit clairement, dit M. Boulos, que ce genre de ta'sib n'est en réalité qu'une application mitigée de la représentation. En effet cette communication vraiment étrange de ta'sib à des personnes qui sont déjà asibs, puisqu'elles se rattachent au défunt soit directement soit par un asib mâle, n'en ont pas besoin de le devenir

une seconde fois par un moyen détourné » (1). Encore une fois l'auteur fait sur ce point comme sur les points précédents une confusion. Il s'agit ici comme dans les précédents cas, d'un privilège reconnu par la loi sunnite aux héritiers asibs pour les faire participer au partage même s'ils sont de degrés éloignés. Il ne s'agit nullement de la représentation. La meilleure raison c'est que, en cas du concours des descendants de premier degré, les fils du défunt communiquent leur qualité asib à leurs sœurs et leur font subir une diminution de part. Cependant on ne peut pas prétendre qu'il s'agit ici de la règle de la représentation, puisque tous les héritiers sont du même degré. Or le cas est tout à fait le même dans l'exemple précédent. Ici, comme là, la communication de la qualité asib s'effectue envers une personne qui était déjà asib. Pas plus là qu'ici, on ne peut penser à la représentation. C'est d'un privilège d'asib qu'il s'agit.

De ce qui se précède on peut conclure qu'il est faux de parler de la représentation en droit successoral musulman, car ce qu'on prend pour la représentation n'est qu'une accession à la succession de son chef, ou bien un privilège reconnu aux héritiers asibs.

## DEUXIÈME PARTIE

### PARENTE NATURELLE

Il est inexact de parler des héritiers naturels en droit musulman puisque les enfants nés d'un commerce illégitime et en dehors du mariage, n'ont pas de filiation légale et ne viennent pas à la succession. Et à ce point de vue il n'y a pas de différence entre l'enfant naturel simple, adultérin ou incestueux. En droit islamique, la différence de commerce illégitime ne se conçoit qu'en matière de peines et châtiments. En matière de succession, par contre, les enfants illégitimes nés en dehors du mariage, sont sans distinction, privés de toute participation à la succession.

Chose fâcheuse, parce qu'on fait peser sur l'enfant la responsabilité d'une faute commise par les parents.

L'exhérédation en cette matière est d'autant plus grave que la législation islamique a étrangement étendu la limite des enfants

---

(1) Boulos, *op. cit.*



illégitimes, et cela au moins à deux points de vue, d'abord au point de vue de l'assimilation de l'enfant naturel simple aux enfants adultérins et incestueux, et ensuite au point de vue de la facilité pratique de la malédiction.

1° En ce qui concerne le premier point, on devrait, en bonne méthode, prendre en considération les conséquences qu'un commerce illégitime peut apporter pour la famille et pour la société. La gravité d'un tel commerce est sans contredit beaucoup plus grande en cas d'adultère ou d'inceste. Les rapports familiaux sont plus froissés et la morale sociale plus flétrie.

Mais l'Islam ne reconnaît pas ces distinctions. Il ne reconnaît même pas le mariage subséquent ; il n'accepte pas la reconnaissance de l'enfant ou la recherche de la paternité.

La reconnaissance de l'enfant étant rejetée, l'enfant naturel reste sans famille. Le droit d'aliment n'est prévu nulle part, ou tout au moins, n'est nulle part réglementé en théorie. Mais il faut ajouter tout de suite qu'en pratique tout se passe autrement. D'abord, dans la législation islamique le contrat de mariage étant, comme tout autre contrat, essentiellement soumis au principe du consentement des parties, et, d'autre part, la polygamie étant admise en principe, il est dès lors très facile pour l'homme de tourner la loi et de prétendre qu'un lien conjugal existait au moment de la conception de l'enfant. Nous parlons évidemment du mariage dans le sens religieux. Civilement les choses se passent aujourd'hui en Perse de toute autre façon. Il n'y a pas lieu d'entrer dans les détails de cette question.

D'autre part, en ce qui concerne la donation entre vifs et par testament, l'enfant naturel ne peut pas être, en principe, empêché d'être constitué donataire ou légataire de ses parents naturels pour la part que la loi permet au défunt de disposer.

Voilà en principe les idées générales sur cette matière.

Le Code civil persan, en ce qui concerne l'état de l'enfant illégitime en matière de succession, ne consacre qu'un seul et unique article, — article 884, — dans lequel il rapporte l'essence des principes islamiques dans les termes suivants : « L'enfant « illégitime n'hérite pas de ses père et mère ni des parents de « ceux-ci. Mais si l'illégalité du rapport dont l'enfant est le « fruit est établi à l'égard de l'un des deux auteurs seulement, « les rapports successoraux cessent entre l'enfant et l'auteur

« coupable ; l'enfant hérite de l'autre auteur et des parents « de celui-ci et réciproquement. »

Selon cet article d'abord, l'enfant naturel est assimilé aux enfants adultérins et incestueux et le terme générique d'enfant illégitime en est la preuve. En second lieu, il n'y a illégalité du lien que lorsque l'auteur a agi en connaissance de cause et volontairement. Donc une cohabitation dubitative par exemple n'emporte pas la cessation du lien filial. En troisième lieu, la filiation est complètement légale entre l'enfant et son parent innocent. L'enfant est héritier de cet auteur et de ses parents ; ceux-ci héritent également de lui.

Enfin, en quatrième lieu, lorsque l'article 884 nous dit que « l'enfant illégitime n'hérite pas de ses père et mère ni de leurs « parents... » il résulte de là, au contraire, qu'il existe d'autres personnes de qui l'enfant hérite et qui héritent, elles aussi, de l'enfant. Ces personnes composent la famille légitime de l'enfant naturel constituée à la suite d'un mariage légal.

Nous n'entrons pas dans la discussion des autres côtés de la question. Nous n'envisageons pas le problème dans la phase actuelle de la législation persane, puisque la partie du Code civil relative à la famille n'est pas, à l'heure actuelle, légiférée. Parler de l'étendue des droits de l'enfant naturel, et de la place que la législation pourra lui réserver dans la famille, serait une discussion prématurée. L'état succinct du règlement de la succession de l'enfant naturel dans le Code civil, est probablement, pour une partie, attribuable à son état indécis dans la famille.

2° Malédiction. — La malédiction peut avoir lieu entre les époux ou bien à l'occasion d'une accusation de fornication, ou à l'occasion d'un désaveu de paternité de la part de l'époux à l'égard de l'enfant né pendant le mariage.

Dans ce deuxième cas, l'époux prétend que l'enfant né de sa femme provient d'une autre personne que lui. Il désavoue sa paternité à l'égard de cet enfant. Une telle déclaration corroborée par le serment (preuve d'une garantie de véracité peu probante puisqu'elle est basée sur le serment contradictoire des deux parties), fait cesser tout lien de parenté et de successibilité, d'abord entre les deux époux et ensuite entre l'enfant et le père.

L'article 882 rapporte cette matière de la façon suivante : « Après la malédiction, les époux n'héritent pas l'un de l'autre.

« De même, l'enfant à cause de qui la malédiction est prononcée  
« n'hérite pas du père, pas plus que celui-ci de l'enfant. Mais  
« entre l'enfant et sa mère et les parents de celle-ci, la succe-  
« sibilité persiste réciproquement. »

L'article 883 ajoute :

« Si après la malédiction, le père revient sur sa décision, son  
« fils lui succédera, mais ni le père ni les parents du côté pater-  
« nel ne succéderont pas au fils. Il en est de même pour le fils  
« qui ne succédera pas aux parents du côté paternel. »

De ces deux articles, on peut tirer quelques principes régis-  
sant la matière :

1° que la malédiction fait rompre légalement le lien de parenté  
entre l'enfant et le père, même si l'enfant appartient en réalité  
au mari de la femme ;

2° que l'acte de renonciation n'a de valeur qu'à l'égard du  
père seulement. Cet acte ne peut causer du tort à d'autres per-  
sonnes qu'à son auteur, et les différentes considérations qui ont  
amené le mari à se repentir doivent lui rester personnelles ;

3° que la malédiction ayant pour base, l'affirmation du mari  
corroborée par la procédure légale du désaveu, et aboutissant  
ainsi à une simple présomption, n'établit pas d'une façon déci-  
sive la fornication de la femme et l'état adultérin de l'enfant.  
Celui-ci conserve donc sa parenté vis-à-vis de sa mère, et toutes  
les règles consécutives à la parenté sont maintenues en ce qui  
concerne la succession.

Evidemment cela semble bizarre de se trouver en présence de  
deux affirmations contraires aussi péremptoires l'une que l'au-  
tre. Le mari soutient sous la foi du serment que l'enfant provient  
d'une autre personne que lui. La femme soutient le contraire  
également sous la foi du serment.

Quoiqu'il en soit, la procédure de la malédiction, générale-  
ment et le désaveu de paternité qui en est une espèce, laisse à  
désirer. Elle constitue un des innombrables points au sujet des-  
quels une réforme est souhaitable.

## TITRE PREMIER

*L'Alliance*

Nous avons précédemment vu que la succession islamique est ouverte en vertu de la parenté ou de l'alliance. Nous avons parlé de la parenté ; nous avons à parler dans le présent titre de l'alliance en matière successorale.

La législation islamique consacrait une importance considérable à ce titre de successibilité, et la liste des successibles était d'ailleurs assez longue. Elle comprenait, en dehors du mariage, trois autres chefs de successibilité connus tous les trois sous le titre de l'alliance, à savoir :

- 1° Maître de l'affranchi ;
- 2° Caution des crimes et des blessures ;
- 3° Imam.

En dehors du lien de sang et du lien conjugal, il existait donc d'autres liens qui constituaient des titres de succession.

Les Arabes de la société antéislamique, par une sorte de serment réciproque, créaient entre eux une mutuelle solidarité dans tous les domaines de la vie journalière. Ainsi, lorsque deux personnes s'engageaient mutuellement par ce serment, leur vie était intimement liée. Il fallait dès lors que l'un défendît les intérêts de l'autre avec toute l'ardeur qu'un tel serment comporte. De là, la formule « mon sang est ton sang, mon honneur est ton honneur, etc... ».

En dehors d'un engagement général du genre que nous venons de citer, deux personnes pouvaient s'engager mutuellement à accomplir certains actes à l'occasion de certains événements. Ainsi deux personnes s'engageaient à se constituer caution et à payer le prix du sang répandu à la suite des infractions perpétrées par l'autre. Le prix des coups, des blessures et des homicides de tout genre accomplis par un cojurant était payé, de par ce contrat, par l'autre partie contractante. Un lien de successibilité se nouait en plus entre ces deux personnes solidaires.

Aujourd'hui, les deux premiers de ces trois chefs de successibilité sont évidemment abolis.

Quant au troisième, c'est-à-dire l'« Imam », il est remplacé par le fisc.



Donc, il ne nous reste à traiter dans le présent titre que de la succession en vertu du mariage et en vertu du titre de déshérence de l'Etat. En droit français, ces successeurs sont reconnus sous le nom de successeurs irréguliers, puisqu'ils doivent demander l'envoi en possession, et puisqu'ils n'ont pas de saisine. En législation islamique, comme la saisine, telle qu'on l'entend en droit français, — sous réserve des explications que nous fournirons plus tard à ce sujet — n'existe pas, il ne serait pas opportun de les appeler successeurs irréguliers ; d'autant plus que l'envoi en possession n'est pas exigé pour l'époux survivant. Celui-ci est considéré comme les autres héritiers qui viennent à la succession en vertu du titre de parenté.

### § 1<sup>er</sup>. — *Le mariage*

Il n'y a peut-être pas entre les législations existantes, une seule qui, en matière de la succession, traite moins bien la femme survivante que la législation islamique. La part héréditaire de la femme est quelquefois réduite à une part dérisoire. Et si l'on considère que dans cette législation la polygamie est en principe adoptée par la loi, et par conséquent, la quote-part réservée à l'épouse sera distribuée entre ces femmes, sans que leur nombre augmente la quantité de la réserve, on se rend compte de la dureté avec laquelle la loi les a traitées.

Et si l'on compare cette législation avec d'autres d'origine italienne, allemande ou même française, on aperçoit tout de suite la distance qui les sépare.

En droit musulman, si l'époux survivant se trouve en présence d'un parent ou allié, à quelque degré et à quelque ordre ou rang que ce parent appartienne, l'époux survivant doit se contenter de la réserve que la loi lui attribue et doit remettre le reliquat à ce parent éloigné. Même le maître de l'affranchi, même la caution sont préférés à l'époux survivant en ce qui concerne le reliquat. Quant à l'Etat, il est préféré, lui aussi, à la femme, mais il passe après le mari. On ne saurait admettre une réglementation plus sévère à leur sujet.

En droit français, dans l'état actuel de la législation, l'époux survivant reçoit dans l'héritage une part qui va, au minimum, d'un quart d'usufruit pour atteindre la totalité en propriété. Néanmoins, le droit français n'est pas l'un des plus favorables à l'égard de l'époux survivant.

La législation allemande donne à l'époux survivant, lorsqu'il est en face de descendants, le quart de la succession en pleine propriété, la moitié lorsqu'il est en face d'ascendants, de frères et sœurs et leurs enfants, et la totalité de la succession dans tous les autres cas.

*La nature juridique de la part héréditaire de l'époux dans la doctrine chiite et dans le Code civil persan.* — La seule garantie effective que la loi a établi en faveur de l'époux survivant c'est sa qualité réservataire. La part successorale de l'époux survivant est assignée. Il vient, d'autre part, au partage en concours avec n'importe quel héritier. Il n'est jamais totalement exclu de la succession. Mais en présence de certains héritiers, tels que les descendants du défunt, la part de l'époux survivant est réduite au minimum.

Cette part assignée est pour l'époux la moitié de la succession en cas d'absence d'enfant, et le quart au cas où il y a des enfants.

Pour l'épouse, la part assignée est le quart de la succession en cas d'absence de descendants du défunt et un huitième en présence de descendants.

Toutes ces hypothèses sont prévues par l'article 913 du Code civil persan qui, incorporé dans la section I du chapitre VI de la succession, traite de la quote-part des héritiers de premier ordre, et nous dit :

« Dans toutes les hypothèses prévues par la présente section (relative à la quote-part des héritiers de premier ordre), l'époux survivant reçoit sa part assignée.

« Cette part consiste en la moitié de la succession pour l'époux et en un quart pour l'épouse lorsqu'il n'y a pas d'enfants ;  
« un quart de la succession pour l'époux et un huitième pour l'épouse dans le cas contraire..... »

L'article 927, alinéa 1<sup>er</sup>, incorporé dans la section II du chapitre VI de la succession en traitant de la quote-part des héritiers de deuxième ordre, nous dit : « Dans tous le cas prévus par les articles de la présente section, l'époux survivant reçoit sa part assignée de la masse successorale. Cette part est la moitié du patrimoine pour l'époux et le quart pour l'épouse. »

Enfin, l'article 938, alinéa 1<sup>er</sup> de la troisième section du chapitre VI, en traitant de la quote-part des successibles de troisième ordre, rapporte en termes identiques la même disposition.

C'est là une sorte de redite qui, avec la division adoptée par le Code, était inévitable.

De tous ces articles, il résulte les principes suivants :

1° Que l'époux survivant n'est jamais complètement exclu de la succession. Il n'existe pas d'héritier dans la succession islamique, avec qui l'époux survivant ne puisse venir à la succession ;

2° En revanche, l'époux survivant ne vient jamais seul à la succession. Autrement dit, il ne reçoit jamais la totalité de la succession, sauf le cas du mari lorsqu'il se trouve en présence du fisc ;

3° Les seuls héritiers qui réduisent la part de l'époux survivant dans la succession du prémourant sont les enfants de celui-ci et leurs descendants. Ni les ascendants privilégiés, qui sont néanmoins du premier ordre, ni à plus forte raison, les collatéraux privilégiés ou autres successibles n'imposent cette réduction ;

4° La part assignée est le quart de la succession pour l'époux et le huitième pour l'épouse en présence des descendants du défunt, et la moitié pour l'époux et le quart pour l'épouse dans tous les autres cas.

De prime abord, on pourrait être amené à penser que le sort de l'époux survivant dans la succession du Code civil n'est pas aussi désavantageux qu'on pourrait le croire. Car, en somme, celui-ci a une réserve intacte qui ne peut être touchée, *même par d'autres héritiers réservataires*, c'est-à-dire même en cas où les réserves réunies de tous les réservataires, dépassent la masse de l'héritage, et que, par la suite, une réduction est nécessaire pour toutes les parts héréditaires, la réserve de l'époux survivant reste, d'après la doctrine chiite, à l'abri de toute diminution (Nous reviendrons plus tard sur ce dernier point).

On pourrait donc penser que l'époux survivant est assez bien protégé par la loi et la quotité de sa part héréditaire est assez importante.

Nous savons déjà qu'en dehors des parents proprement dits — quelque lointain que soit le lien de leur parenté — l'époux survivant — sauf discussion pour le mari — doit concourir avec le fisc. Evidemment, la loi a voulu, en déterminant une part de réserve pour l'époux survivant, assurer tant bien que mal le reste des jours de celui-ci.

On peut même dire que la quotité de sa réserve, lorsqu'il est en présence des descendants ou des ascendants et collatéraux privilégiés, est assez raisonnable.

Mais il est tout à fait inadmissible de maintenir d'une manière fixe cette réserve dans toutes les autres circonstances. Il est, par exemple, absurde d'attribuer le reliquat de la réserve du conjoint survivant, à un descendant quelconque d'un collatéral du grand-père paternel du *de cujus*. Sur quelle base, en effet, pourrait-on autoriser cette attribution.

Ni le principe de l'affection, ni celui de la proximité du sang, ni enfin celui du maintien des biens dans la famille, principes qui servent de base aux dispositions légales en matière de succession, n'ont pu inspirer une telle solution.

Donc, la réserve du conjoint survivant est, dans certains cas, manifestement insuffisante.

D'autre part, l'injustice est vraiment inqualifiable lorsqu'il s'agit de la femme. L'article 942 du Code civil nous dit : « En cas de polygamie, la quote-part du quart ou du huitième sera « partagée entre les femmes par parts égales. »

Recevoir tout d'abord une quote-part réduite, un huitième de la succession en présence d'enfant, subordonner ensuite cette part à une nouvelle division si les copartageantes sont nombreuses, voilà des points qui rendent dérisoire le droit héréditaire de la femme.

*Les conditions de successibilité entre les époux.* — L'article 940 du Code civil établit deux conditions à la successibilité entre les époux :

« Si les époux sont unis par un lien de mariage perpétuel, dit « cet article, et s'ils ne sont pas frappés d'une incapacité successorale, ils se succèdent l'un à l'autre. »

Les deux conditions posées par cet article sont donc :

1° L'existence d'un lien de mariage perpétuel ;

2° La non interdiction.

Pour, comprendre la portée de la première condition, il faut savoir qu'il existe, en droit chiite essentiellement deux sortes de mariage : le mariage temporaire, c'est-à-dire limité à une durée fixée à l'avance, et le mariage non limité, et par conséquent conclu d'une façon perpétuelle.

Le second est à tous points de vue mieux considéré. Et en ce qui concerne l'héritage, nous voyons que l'article 940 fait dépendre la successibilité entre époux, de l'existence d'un lien perpétuel.

Du texte de l'article 940 on peut conclure par raisonnement à *contrario* que le divorce met fin à la capacité successorale entre



les conjoints. Mais pour cela, il faut que le divorce soit définitif, c'est-à-dire qu'il emporte une cessation complète du lien conjugal.

En principe, le divorce est décisif lorsqu'il est prononcé sous la forme du divorce sans retour, par exemple, si la formule du divorce a été prononcée trois fois consécutivement.

Au contraire, si le divorce est prononcé sous forme de divorce avec la faculté de retour, le mari peut reprendre sa femme pendant la durée d'un temps prévu par la loi. Si dans ce laps de temps, qui est le délai de viduité pour la femme, le mari reprend sa femme, le divorce est considéré comme inexistant. Le lien conjugal se rétablit et l'un des effets du rétablissement de l'état primordial est le retour du droit successif réciproque entre les conjoints.

Si, au contraire, le délai légal s'écoule avant que le droit de retour soit exercé, le divorce devient automatiquement définitif, et le droit de successibilité tombe du même coup.

Si, d'autre part, avant l'expiration de ce délai, l'un des conjoints décède, le survivant hérite du patrimoine du prémourant, car les liens conjugaux ne sont pas encore définitivement rompus entre eux.

L'article 943 du Code civil nous dit en conséquence : « Si le « divorce de la femme est prononcé avec le droit de retour pour « le mari, chacun d'entre eux succédera à l'autre, si la succession « s'ouvre avant l'expiration du délai de viduité. Mais après ce « délai, ou bien en cas de divorce sans retour, le droit succes- « soral s'éteint entre eux. »

*L'étude des articles 944 et 945 du Code civil.* — Les deux articles 944 et 945 prévoient deux hypothèses dont l'une paraît la conclusion logique de l'autre.

D'abord, l'article 945 qui est la reproduction fidèle d'une disposition de droit chiite, rapporte que : « Le mariage contracté par « une personne pendant la maladie qui aboutit à la mort, ne « donne à la femme le droit à la succession que si le mariage « a été consommé ; de même que si l'homme meurt de cette « même maladie après avoir été guéri momentanément. »

Cette disposition légale a pour but de mettre un obstacle au caprice d'un homme qui voyant sa fin, veut faire participer, sous le couvert du mariage, à son héritage, une personne à laquelle il s'attache, et évincer ainsi ses héritiers légitimes d'une

part de leurs droits. Un tel mariage, aux yeux de la loi, n'est qu'un trompe-l'œil qui ne peut pas donner naissance à des effets juridiques. Les deux exceptions à la règle prouvent encore davantage l'appréhension du législateur sur ce point. En effet, si le mariage est consommé, ou bien si la guérison même momentanée survient, il n'y a pas, dès lors, lieu de penser à l'état fictif du mariage. La supposition d'une décision prise à la légère, ou d'un caprice ne se maintient pas ici. La succession ne peut pas être refusée dans ces conditions à la femme.

L'article 243 de Query dans le chapitre de la succession, nous dit sur ce sujet :

« Le mariage contracté pendant la maladie de l'époux n'est  
« valide qu'autant qu'il est consommé. Si le mari vient à décider  
« avant la consommation, le mariage est annulé, et la femme  
« perd tout le droit au douaire ainsi qu'à l'hérédité. Cette déci-  
« sion est basée sur une tradition rapportée d'un des Imams par  
« Zérara » (1).

---

(1) Query, t. II, p. 243, livre VII, article 243.

Le texte du traité de droit Chiite « Charayé », comme nous l'avons remarqué dans la traduction de Query nous dit que « cette décision est basée sur la traduction rapportée d'un des Imams par Zérara ».

D'abord il est certain qu'un point de détail est omis dans la traduction. La traduction nous dit « d'un des Imams », tandis que le texte parle « d'un des deux Imams ». Et les glossateurs ajoutent qu'il s'agit d'Iman Bâqir ou Iman Sâdiq, et Obeïd Ibn Zarâra rapporte cette tradition de l'un d'eux.

Ici nous avons l'occasion de parler d'une des sources les plus importantes de la législation en droit Chiite. Tout d'abord, il faut remarquer que dans le droit chiite, la tradition ne s'arrête pas aux actes et paroles prophétiques. Les Chiites étendent l'inspiration divine à toute la lignée du prophète. Les actes et les paroles d'Ali et de ses onze descendants successifs ajoutés à ceux du prophète constituent pour les Chiites la tradition qui est l'une des quatre sources mères de droit.

Parmi les 12 successeurs du prophète, les deux Imams Bâqir et Sâdiq (le 5<sup>e</sup> et le 6<sup>e</sup>) sont au point de vue de la tradition, comme deux sources de solutions des problèmes juridiques. Le travail accompli dans la période de ces deux Imams, surtout sous l'Iman Sâdiq, est dans la littérature juridique Chiite d'une fécondité exceptionnelle. D'ailleurs, l'importance de production des avis juridiques reconnus sous le nom « des décrets des Imams » fut telle que des organisations administratives dirigées par des lieutenants d'Iman furent constituées et chargées de l'expédition des affaires.

On adressait des lettres de doléances à l'Iman, et des « décrets » rendus à cet effet contenaient les réponses. La désignation des lieutenants avait pris une importance considérable. Lorsqu'elle n'était pas publique elle pouvait donner

Signalons tout d'abord que le texte du Code civil ne fait aucune allusion au douaire. Il ne traite que de la succession. Mais il semble que si la fiction du mariage est avérée, c'est-à-dire si le mariage est inexistant, ni les charges contractées en vue d'un tel mariage, ni les effets normaux qu'un tel acte juridique peut provoquer, ne peuvent pas légalement être revendiqués. Mais comme le règlement du statut personnel manque à l'heure actuelle dans le Code civil, ce point est, au point de vue des lois civiles en suspens.

Voilà pour ce qui concerne l'article 945.

Passons maintenant à l'examen de l'article 944.

Cet article contient une disposition que le texte des traités de droit chiite ne rapporte pas expressément. Néanmoins, cet article est en quelque sorte une variante de l'idée qui a donné naissance à l'article 945. L'article 944 expose :

« Le divorce demandé par le mari pendant la période d'une « maladie qui aboutit au décès de celui-ci avant l'expiration d'un « an à dater du divorce, ne deshérîte pas la femme même si le « divorce est prononcé sous forme de divorce sans retour, à « condition que la femme n'ait pas noué pendant ce temps un « nouveau lien de mariage. »

Nous savons déjà que le divorce sans retour écarte définitivement les conjoints l'un de l'autre, de sorte que dans l'avenir le renouement d'un lien conjugal entre ces deux mêmes personnes est sinon impossible, du moins très difficile. La formule du divorce sans retour détruit tous les rapports juridiques établis par le fait du mariage. Il est donc curieux de voir, malgré tout, le législateur maintenir le rapport successoral au profit de la femme.

La raison de cette disposition est l'idée de protection de la femme contre la cupidité du mari malveillant, qui, sentant

---

lien à des divergences qui aboutissaient à une nouvelle consultation et à un nouveau décret rendu par Iman et qui clôturait le débat.

A côté des organisations juridiques, il y avait des organisations financières avec la charge de diriger la richesse du trésor privé de l'Iman ainsi que ses vastes domaines.

Toutes ces questions ne furent pas à l'abri de complications, qui, avec des développements postérieurs des côtés théoriques, donnèrent lieu à des divergences doctrinales, comme nous l'avons constaté dans notre premier chapitre.

l'approche du moment fatal, veut, par le divorce, exclure sa femme des droits que la loi lui a accordés.

Mais le législateur qui, dans une pareille disposition, n'est inspiré que par le souci d'écarter de la femme survivante la misère, fait dépendre son injonction de la condition du veuvage de la femme.

Car la femme qui, dans le laps de temps d'une année après son divorce, a pu se remarier, laisse supposer que le divorce ne lui déplaisait pas, puisqu'elle avait peut-être en vue le projet de ce nouveau mariage ; d'autant plus qu'en cas de remariage la femme sortira de l'état de dénuement que le législateur supposait.

La disposition de cet article laisse clairement voir que l'exhérédation du conjoint survivant, surtout lorsqu'il s'agit de la femme, ne peut avoir lieu ni explicitement ; ni, à plus forte raison, tacitement.

L'époux survivant n'est donc pas un simple créancier d'aliment, comme en droit français. La qualité de réservataire d'une part héréditaire le met à l'abri de toute éventualité.

Si donc les donations ou les legs consentis par le défunt dépassent la quotité disponible, et si le *de cujus*, en disposant de ses biens, pense exhériter le conjoint survivant de sa part héréditaire, ces dispositions tombent pour autant qu'elles empiètent sur les droits reconnus au conjoint survivant.

A plus forte raison, une disposition formelle dans le testament visant l'exhérédation de ce conjoint est sans valeur.

De même tout autre acte qui veut évincer le conjoint sans qu'il soit nettement qualifié de dolosif, mais qui fait cependant présumer une intention malveillante du défunt (et le contenu de l'article 944 en est le cas), reste inopérant. La réserve de la part héréditaire de l'époux survivant est plus solide encore que la réserve de certains autres héritiers réservataires. Nous verrons plus loin que si la réserve des héritiers dépasse la somme totale de la succession, la part de l'époux survivant restera à l'abri de toute réduction. C'est la théorie reconnue sous le nom de « *al aol* ».

Evidemment à l'égard des créanciers héréditaires la situation change ; car étant donné que l'héritage a pour base l'actif net du patrimoine, les créanciers de la masse successorale éliminent, pour se faire payer de leurs créances, les réclamations des héritiers, y compris l'époux survivant,



*La masse de calcul de la réserve du conjoint survivant.* — Sur quelle partie des biens du défunt la réserve du conjoint sera-t-elle calculée ? Voilà un point qui est une nouvelle épine à la cohésion des dispositions légales.

La loi établit une différence entre l'époux et l'épouse. C'est une anomalie qui sépare les deux sexes dans la législation islamique.

La discussion doctrinale dans le droit chiite est très ardente sur ce sujet.

Tout d'abord, un point est communément admis : c'est que le mari survivant hérite de tous les biens laissés par la femme, aussi bien meubles, qu'immeubles.

Mais pour la femme, les opinions sont très divergentes.

Ici encore un point est acquis : c'est que s'il existe un enfant du même lit, la femme hérite, elle aussi, de la totalité des biens laissés par le mari. Mais il faut signaler tout de suite que ce point n'est pas prévu par le Code civil persan. Il ne semble pas que ce soit une omission par inadvertance, d'autant plus que le contenu des articles se rapportant à ce sujet (articles 946 et suiv.) est très net et ne peut soulever d'ambiguïté. Il semble dès lors que le Code civil n'a pas jugé nécessaire d'établir une différence entre le cas d'existence d'un enfant du même lit et le cas de son inexistence. Le contenu de ces articles est général et s'applique, dès lors, à la femme héritière, indifféremment dans tous les cas.

En dehors de ce point, les opinions doctrinales sont très divisées et on peut les grouper en trois catégories :

1° la femme, suivant la première opinion, n'hérite pas d'une seule parcelle de terre. Elle n'hérite que des biens meubles, des accessoires de la terre et des constructions. Encore sur ces deux dernières masses de biens, elle n'acquiert rien en nature, mais elle prélève sa part sur la valeur évaluée à la suite d'une expertise ;

2° une seconde opinion veut que la femme ne soit exclue de l'héritage que quant aux maisons et habitations ;

3° enfin, suivant la troisième opinion, la femme n'est exclue d'aucune façon du patrimoine de l'époux décédé, même en immeubles bâtis ou non bâtis. Mais elle ne reçoit rien en nature ; elle reçoit sa part d'une autre façon, sur le prix d'estimation. Un seul juriste se range à ce dernier sens : c'est Cheikh Mortadâ Alam al Hodâ. La deuxième opinion est réfutée, et c'est par conséquent la première opinion qui a prévalu dans la doctrine.

Il reste à savoir pour quelle raison plausible la femme est traitée ici encore moins bien que l'homme.

Au premier abord, il semble que la protection des biens immobiliers et leur maintien dans la famille ne soient pas complètement étrangers à la réglementation de cette matière.

En effet, dans les pays où la terre est encore considérée comme élément important de la richesse familiale, il est de toute nécessité que la législation se propose la protection de ce patrimoine par excellence au profit de la famille. Nous voyons même dans l'opinion doctrinale un point qui soutient cette façon de voir.

Lorsque la doctrine attribuait à la femme une part prélevée sur tout le patrimoine du défunt, meuble comme immeuble, dans le cas où un enfant du même lit existait, cela voulait dire que l'appréhension du passage d'un immeuble, d'une famille à l'autre était dans une forte mesure écartée, par le fait de la présence de l'enfant qui était l'héritier présomptif de la femme survivante.

Tout cela est juste ; mais pourquoi limiter l'application d'une telle mesure à la femme seulement et non pas au mari. Cette constatation détruit l'échafaudage de notre supposition. L'hypothèse du maintien des biens dans la famille est donc à rejeter.

Peut-on penser alors que la différence adoptée par la doctrine entre l'époux et la femme dans cette matière est basée sur le privilège de masculinité si important dans la législation islamique ? Un tel privilège ne peut pas, en bonne logique, exister non plus. Parce qu'il n'y a de privilège que lorsqu'il y a au moins deux ayants droit en présence dont l'un ait un privilège sur l'autre. Or, ici, il ne s'agit pas d'un concours, puisque c'est le survivant seul qui vient à la succession du prémourant.

Quoi qu'il en soit, le Code civil persan, obligé de suivre sur ce point les traces de l'opinion doctrinale prépondérante du droit chiïte, a admis dans les trois articles 946 et suiv. cette même opinion.

Article 946 : « L'époux hérite de tous les biens délaissés par la femme ; mais la femme n'hérite que des biens suivants :

1° des biens meubles quels qu'ils soient ;

2° des constructions et des plantations.

Sur cet article il faut porter les remarques suivantes :

a) La phrase explicative de l'article 946 : « *quels qu'ils soient* » laisse entendre des biens meubles aussi bien que des titres et des valeurs mobilières. Avec l'extension incessante, dans la vie économique, des valeurs mobilières, et avec l'importance que ces valeurs acquièrent par la suite, le crédit de la richesse foncière diminue de plus en plus. Il est évident dès lors que la différence entre le mari et la femme prévue par l'article 946 diminue dans la même mesure, et l'insistance de l'article 946, reconnaissant le droit successoral de la femme sur tous les biens meubles, quels qu'ils soient, semble très intéressante.

b) En second lieu, le mot « construction » de l'article 946, laisse croire que ce sont les terrains non construits qui restent en dehors du cadre de la succession. Par contre, les terrains bâtis restent dans ce cadre.

Mais l'esprit de l'article est autre chose ; c'est que les terrains, qu'ils soient bâtis ou non bâtis, ne peuvent pas faire l'objet de la succession de la femme. Ce sont seulement les constructions dressées sur ces terrains dont la femme peut hériter. Donc, ni la superficie de terrain portant des constructions, ni les terrains entourant les bâtiments, ni les domaines agricoles, ne font partie de cette masse.

Au contraire, les bâtiments, quels qu'ils soient, habitations, constructions industrielles, usines, magasins, en un mot, tous les édifices dressés sur la terre entrent dans le domaine du terme admis par la loi.

D'autre part, le terme de « plantations » employé par l'article 946 éveille une difficulté. De quoi s'agit-il en somme ? Des arbres seulement ou de l'agriculture dans le sens large du mot ? Théoriquement il n'y a pas une distinction, puisque tous les deux sont les produits de la terre, et si l'un peut faire l'objet d'un droit il en sera de même pour l'autre. Pratiquement, la difficulté est plus grande, car l'arbre bien qu'il soit planté dans la terre est pourtant distinct de la terre, de sorte qu'à lui seul il peut faire en même temps l'objet d'une nue-propriété et d'un usufruit ; c'est-à-dire que si l'arbre est fruitier, par exemple, l'ensemble de l'arbre qui se compose de racines, du tronc et du feuillage peut faire l'objet de nue-propriété, et ce qu'il produit, l'objet d'un usufruit. En un mot, comme l'arbre vit longtemps cette distinc-

tion de nue-propriété et d'usufruit est possible à son sujet, et on peut imaginer qu'à l'échéance du délai conventionnel, ou à l'arrivée de la condition prévue, l'arbre revienne en pleine propriété au bénéficiaire du droit.

Pour les céréales cette distinction n'est pas possible, et la plante fait tellement partie intégrante de la terre qu'on ne peut pas concevoir le fruit qu'elle donne autrement que comme le produit de la terre. Et cette difficulté vient justement de la vie précaire des céréales, de sorte qu'on ne peut pas attribuer les produits agricoles à un usufruitier et reconnaître la propriété de la racine à un nu-propriétaire. Donc, réserve faite des végétaux qui ont une existence plus longue — pour lesquels la périodicité de fruit peut être conçue — on doit, si l'on veut distinguer dans une telle matière, le nu-propriétaire de l'usufruitier, prendre le terrain agricole avec les produits qu'il peut procurer, et dire que le terrain fait l'objet de la nue-propriété et le produit du terrain l'objet de l'usufruit.

Or, dans le Code civil, la femme n'hérite pas à titre d'usufruitière, elle est au contraire une héritière et plus encore, une réservataire. D'autre part la loi refuse de lui attribuer une part sur certaines catégories de biens, à savoir, les terrains. Sur certaines autres catégories elle ne lui attribue de part que sur le prix d'évaluation : à savoir, les constructions et les plantations.

Ces deux dernières masses de biens peuvent faire l'objet de la propriété et à ce titre peuvent être attribuées à la femme. Tandis que l'agriculture, au contraire, ne peut faire l'objet de possession qu'à titre d'usufruit, c'est-à-dire à titre de produit de la terre. Or, la successibilité à titre d'usufruitier faisant défaut dans le régime du Code civil, et la femme étant d'autre part exclue de la succession de la terre, il en résulte qu'il n'y a pas moyen de faire participer la femme à la succession des produits agricoles.

Une autre explication qui appuie cette manière de voir, c'est le contenu de l'article 947. Cet article nous déclare que la part successorale de la femme sur les constructions et les plantations ne s'effectue pas en nature, mais à la valeur estimative de ces biens. Peut-on dire qu'on doit évaluer les récoltes d'une année seulement des terrains agricoles, pour déterminer la part héréditaire de la femme ? Non, puisque l'héritage des produits agricoles ne consiste pas en l'attribution à l'héritier des produits d'une année seulement. Autrement, ce serait l'héritage d'un bien déterminé et non



plus de l'universalité des biens. Et pour cela, il faut un commandement exprès de la loi. Peut-on dire d'autre part qu'on évalue annuellement les récoltes de ces terrains agricoles pour indiquer chaque année la part qui revient à la femme ? Pas davantage, puisque la femme devient ainsi l'usufruitière de la terre, et nous savons que cet usufruit lui est refusé par la législation en la matière.

Il résulte donc que vraisemblablement la femme ne reçoit pas de part dans les récoltes.

Nous avons dit que la femme, suivant la doctrine et la législation ne reçoit sa part que sur le prix de la valeur des biens prévus par l'article 946, 2°.

L'article 947 indique le procédé de cette évaluation. Cet article est assez mal rédigé et il ne veut pas dire d'ailleurs grand'chose.

Voici du reste le texte : « ...et l'évaluation s'opère, dit l'article 947, en supposant la légitimité du maintien de la construction ou de la plantation sur la terre, sans que ce maintien entraîne un loyer. »

Que veut dire au juste cette disposition légale ? Pour évaluer on doit supposer d'abord que la construction et les arbres sont situés dans un terrain qui appartient à une autre personne. On doit supposer ensuite que l'élévation de cette construction ou la plantation de cet arbre ne sont pas exécutées par force, mais légitimement.

Il faut supposer en troisième lieu que le maintien de l'édifice ou de l'arbre ne donne pas, de la part du propriétaire de cet édifice ou de cet arbre, lieu à un paiement à titre de loyer au propriétaire du terrain.

Le prix d'un tel édifice ou d'un tel arbre est, cela va de soi, plus élevé que si un loyer leur était alloué.

La base d'évaluation dans cette expertise est donc plus conforme aux intérêts de la femme. Elle reçoit sa part dans ces objets sur le maximum de prix qu'ils comportent.

Voilà le sens probable de la disposition légale de l'article 947.

L'article 948 nous dit, d'autre part, que si les autres héritiers refusent de payer la femme sur le prix de l'évaluation, celle-ci pourra réclamer et obtenir sa part en nature.

Ceci est le résultat forcé de la disposition précédente qui voulait établir au profit des autres héritiers le paiement à base d'évaluation.

Or, si les héritiers au profit desquels une telle disposition est prise, ne profitent pas de cette mesure légale, le paiement en nature réapparaît automatiquement.

Cela prouve donc que l'injonction légale sur ce point n'est pas d'ordre public et les héritiers ne peuvent se plaindre de la mesure contraire, puisqu'ils peuvent, s'ils le veulent, profiter de leur droit.

## § 2. — *L'Etat*

*A quel titre l'Etat participe-t-il dans la succession, est-ce à titre de déshérence ou bien à titre de successeur ?* — En droit musulman, comme dans toutes autres législations, il y a lieu de se demander à quel titre l'Etat acquiert les biens du défunt : à titre de déshérence et en vertu du droit de souveraineté, ou bien à titre de successeur.

Dans le droit chiite, l'Imam est placé, dans l'ordre successoral, à côté des héritiers qui viennent à la succession en vertu d'une alliance. Et comme nous avons pu le constater précédemment, la succession par alliance s'ouvre tantôt en vertu de mariage, tantôt en vertu d'autres titres dont l'Imam fait partie.

Ce n'est pas tout. Non seulement l'Imam figure dans la liste des successibles, mais il vient même en concours avec des héritiers dont le titre de successeurs ne fait objet d'aucun doute. Il vient à la succession en concours avec la femme survivante. On peut donc dire que l'Imam est un vrai successeur. Il prend part au partage en concours avec d'autres cohéritiers.

D'autre part, l'Imam est considéré en droit islamique comme l'administrateur des biens affectés à des services d'utilité publique. Et la succession alimente continuellement la caisse de cette personne morale par excellence qui est la communauté musulmane.

Un établissement d'utilité publique ne peut pas prétendre à la succession à titre de déshérence.

Il est donc certain qu'en droit musulman, le trésor public est considéré comme le successeur de la personne décédée.

Le Code civil persan a suivi l'esprit du droit chiite qui est d'ailleurs en parfaite concordance avec l'esprit du droit sunnite sur cette matière. Il a admis, comme certains Codes étrangers, tel par

exemple le Code civil allemand, article 1936, que l'Etat vient à la succession du défunt à titre de successeur (1).

Le texte de l'article 860 nous déclare que *le règlement de la succession est déferé au représentant de la force publique*. Cela veut dire que ce représentant est chargé d'indiquer à quelle charge publique la richesse recueillie sera affectée.

Cependant il y a dans le Code civil d'autres articles qui parlent des biens sans maître, et par conséquent, du droit de deshérence. Tel est le cas de l'article 949 *in fine* qui nous dit : « ...et le reste » de la succession est considéré comme des biens sans maître et « tombe sous le coup de l'article 866 », c'est-à-dire qu'il revient à l'Etat.

Mais les précédents juridiques et doctrinaux nous offrent des éléments suffisants pour dégager dans une vaste mesure le doute né du fait de cette contradiction.

## SECTION II. — « AOL » ET « TA'SIB »

Avant d'aborder l'étude de toutes autres matières, il est nécessaire de nous arrêter dans la présente section sur un point essentiel que nous avons rencontré jusqu'ici, et que nous rencontrerons encore dans le cours de cette étude, et d'établir le sens exact de son contenu. Il s'agit des deux principes reconnus en droit chiite sous le nom de « al Aol » et « Ta'sib ».

Au point de vue doctrinal, la question est de haute importance, et nous savons déjà qu'il existe une divergence radicale sur la solution de la matière entre les Chiites et les Sunnites.

*Exposé du problème.* — Il faut avant tout exposer le problème pour préciser les éléments de divergence.

Au prime abord, on peut imaginer trois hypothèses dans l'ouverture d'une succession :

1° La succession répond juste aux parts des héritiers, il n'y a ni excédent, ni déficit.

2° La succession dépasse la somme des parts héréditaires, il y a un excédent.

3° La succession est moindre que la somme des parts héréditaires, il y a un déficit.

---

(1) Le Code ne dit pas cela expressément, mais les raisons que nous avons exposées plus haut militent en faveur de cette interprétation.

Dans le premier cas, aucune difficulté ne peut surgir. Les parts réunies des héritiers correspondent au total de l'héritage. Chacun des héritiers reçoit sa part sans aucune autre complication.

Par contre, en ce qui concerne le deuxième et le troisième cas, il n'en est plus ainsi : il s'agit de savoir dans le deuxième cas, à qui revient l'excédent, et dans le troisième cas, à qui incombe le déficit.

Mais un point préliminaire se pose, à savoir : comment se fait-il qu'une succession est tantôt en équilibre et tantôt en déséquilibre, tantôt déficitaire d'une perte, et tantôt bénéficiaire d'un excédent ? C'est qu'en droit islamique il y a essentiellement deux groupes d'héritiers : les héritiers à parts assignées, et les héritiers à parts non assignées. Chaque fois que la succession s'ouvre, à la fois au profit de l'une ou de l'autre catégorie, les héritiers à parts assignées prennent leurs parts, et le reste de la succession est attribuée aux héritiers à parts non assignées.

Le mécanisme de la succession islamique est fait de telle sorte que dans cette hypothèse, jamais le total des parts assignées ne peut à lui seul englober la succession entière. Le reliquat est attribué aux héritiers universels et l'équilibre de la succession est ainsi maintenu.

Au contraire, chaque fois que la succession s'ouvre au profit des héritiers réservataires seulement, alors il peut arriver que la succession présente, après le prélèvement des parts, ou bien un excédent si la réunion des parts n'a pas dépassé la somme totale de la succession, ou bien un déficit si la réunion des parts a dépassé ce total.

Le cas d'excédent est connu, dans la doctrine chiite sous le nom de « ta'sib » ; et le cas de déficit sous le nom de « al aol ». Nous allons voir à quelle condition, et sous quelle forme ces deux principes fonctionnent.

### § 1<sup>er</sup>. — Ta'sib

Le mot *âsib* (*asaba* au pluriel) étymologiquement veut dire parent par le mâle ; et en droit successoral ce mot signifie parents attachés au défunt *par le père* (tels par exemple les frères germains ou consanguins et leurs descendants, et les oncles et leurs descendants). Ces héritiers ont, à l'instar des héritiers universels, une capacité héréditaire à l'universalité des biens.



Un chapitre entier de l'ouvrage volumineux des « prolegomènes » d'Ibn Khaldoun, est consacré à l'exposé détaillé de la signification de ce mot, et le Code musulman rite Malikite par Sidi Khalil nous en donne sur ce point, à la page 114, les détails intéressants.

Le mot ta'sib, dans le langage juridique chiite, veut dire le concours des asaba avec les héritiers à parts assignées d'ordre plus proche du défunt. Ce concours en droit chiite n'existe pas. La glose du traité de droit chiite « Chara'yé » nous cite des exemples que nous rapporterons ici avant d'exposer le problème dans son ensemble.

Cette glose, page 261, « Chara'yé » (édition citée), nous expose cette matière de la façon suivante : « Ta'sib est le concours des âsibs (parents du côté du père) avec les héritiers réservataires, en cas où l'ensemble des parts assignées est inférieur à la masse successorale. Exemple : le défunt a laissé une fille unique ou deux filles, ou davantage avec un frère, ou une sœur unique ou deux sœurs ou davantage, avec l'oncle, etc... Ce problème (continue toujours la glose) avec le problème de al aol, constituent les problèmes fondamentaux en matière successorale, et il y a une discussion acharnée sur ce point entre les « Imamia » (les Chiites) et leurs antagonistes (les Sunnites)... »

Donc, selon ce passage, toutes les fois que dans une succession il y a d'une part des héritiers à parts assignées dont l'ensemble des parts est inférieur à la totalité du patrimoine délaissé par le défunt et, d'autre part, des héritiers universels d'un ordre plus éloigné, il s'agit de savoir si l'excédent sera remis aux héritiers à parts assignées d'ordre plus proche, ou bien aux héritiers universels d'ordre plus éloigné.

Si cet excédent revient aux héritiers réservataires plus proches, ceux-ci reçoivent dans la succession une part plus élevée que celle que la réserve leur assignait. Au contraire, s'il revient aux héritiers universels plus éloignés, les règles relatives à l'ordre successoral admises par la loi ne seront plus respectées ; car malgré l'existence des héritiers plus proches, les héritiers plus éloignés ont pris part dans la succession. Exemple : Le défunt laisse une fille et un frère. La fille est héritière du premier ordre, le frère du second. Mais la fille est réservataire et le frère (germain ou consanguin) est héritier universel. Si l'on admet la première solu-

tion, la fille reçoit la moitié de la succession à titre de réserve, et l'autre moitié à titre de remise de l'excédent.

Si l'on admet, au contraire, la seconde solution, la fille recevra la moitié de la succession à titre de réserve et l'excédent sera attribué aux héritiers universels d'ordre suivant.

Les Chiites acceptent la première solution et les Sunnites la seconde.

*Exposé des arguments.* — Etudions maintenant les arguments pour et contre la théorie de « ta'sib ».

A) Ceux qui soutiennent le « ta'sib » disent en particulier que la part des héritiers réservataires est prévue par le texte même du Coran et cela essentiellement en vue d'écarter toutes sortes d'éventualités susceptibles de changer en quoi que ce soit le contenu de la réserve héréditaire.

S'il est vrai, disent les partisans de cette opinion, que les dispositions sacrées, en fixant la réserve avaient pour but de préserver les parts assignées d'une incertitude fâcheuse, il en est de même pour la contrepartie de cet argument, à savoir : l'interdiction de l'attribution à l'héritier réservataire d'une part plus élevée que la part assignée.

L'excédent de la succession qui resterait après le prélèvement des parts assignées, sera donc dévolu aux héritiers asibs. Ceux-ci ne sont pas de même ordre, il est vrai, mais ils sont héritiers universels, et à ce titre, ils viennent à l'universalité des biens et s'attribuent ainsi tout le restant de la succession.

B) Ceux qui soutiennent au contraire le rejet de ta'sib ne contestent pas en principe la règle formulée par leurs adversaires, mais ils proclament, d'autre part, des règles qui soutiennent leur propre point de vue.

Avant d'étudier ces règles, il faut d'abord définir les terrains de leur application. Ils sont au nombre de trois :

1° C'est le cas où on est en présence des héritiers réservataires dont l'ensemble de leur réserve est au-dessous de la somme totale de l'héritage ;

2° C'est le cas où parmi les héritiers ne figure aucun héritier réservataire. Il n'y a que des héritiers universels dans la succession. Il s'agit d'établir entre ces héritiers, l'ordre suivant lequel les uns viennent à la succession en éliminant les autres.

Comme exemple, on peut citer le cas où il n'y a en présence que des successeurs de troisième ordre, c'est-à-dire des oncles et

des tantes du côté paternel ou maternel. Il n'y a pas d'assignation de parts dans le Livre ni pour les uns ni pour les autres de ces héritiers. Il faut pourtant réglementer leur situation. Et du moment que des règles spéciales font défaut, leur cas tombe sous le coup des injonctions générales ;

3° C'est le cas où il y a en présence, des héritiers de degré postérieur au premier degré, du premier et du second ordre. Pour ceux-ci non plus des règles spéciales telles que nous les rencontrons pour chacun des héritiers à parts assignées, n'existent plus. Il est néanmoins évident qu'ils doivent participer à la succession suivant une méthode.

Cette méthode est prévue par les règles générales en question.

Exemple de cette troisième hypothèse est le cas de descendants de différents degrés des enfants du défunt, et les descendants de différents degrés de ses collatéraux privilégiés.

Notons ici en passant que ce qui nous intéresse plus particulièrement dans l'étude de « ta'sib » c'est le premier terrain d'application de ces règles. Celles-ci une fois formulées peuvent du reste être appliquées aux autres hypothèses de la matière chaque fois que le cas de ta'sib se présentera.

Etudions maintenant ces règles et leur portée :

A) En premier lieu le texte coranique nous dit : « les gens de « matrice sont privilégiés les uns par rapport aux autres. »

B) En second lieu le Coran nous déclare encore que « en fait de « succession le plus proche exclut le plus éloigné ».

A) En ce qui concerne la première règle, il faut d'abord souligner que M. Boulos fait une confusion en prenant le mot arabe « wali » à la place du mot également d'origine arabe « aôlà ».

Le mot « wali » de racine « wilaya » veut dire entre autres significations alliance fortifiée par un lien de domination. Il y a l'idée d'un lien nouant le protecteur et le protégé. Tandis que le mot « aôlà » indique le privilège, la primordialité dans l'ordre.

Alors l'auteur en confondant ces deux significations en tire une conclusion erronée. Il dit : « .....dire que les Dhavi-al-Arhâm (les gens de matrice) sont walis les uns des autres, c'est-à-dire héritiers les uns des autres, c'est aller trop loin. Car wilâyat ne veut pas dire du tout parenté, mais simplement alliance, amitié, dans le sens politique et social du mot ».

La constatation de l'auteur est très juste.

Aussi le texte n'a jamais voulu établir une parenté. Il a simplement voulu dire que ces héritiers, ces gens de matrice, sont préférables les uns aux autres.

Cela veut dire, tout simplement, que s'il y a un concours entre plusieurs héritiers de cette catégorie, certains d'entre eux excluent certains autres. Mais quels sont ces héritiers auxquels le droit d'exclusion est reconnu. Quel est le critérium de cette exclusion. C'est ce qui nous est indiqué par les principes concernant l'ordre en matière de succession, et que nous examinerons bientôt.

B) En ce qui concerne la seconde règle, il y a un point important à souligner. Cette règle porte que « le plus proche exclut le plus éloigné ». Le principe envisage deux points essentiels : la proximité dans l'ordre et la proximité dans le degré. C'est-à-dire tant qu'un héritier considéré comme plus proche dans l'ordre et dans le degré subsiste, l'héritier plus éloigné est exclu de la succession. Cette règle, ainsi que nous le constatons, éclaircit la règle précédente et confirme son contenu. Maintenant appliquons ces deux principes, simultanément dans chacun des trois terrains que nous avons étudié plus haut.

#### 1. — *Cas où le total des parts assignées est au-dessous de la masse successorale*

Au cas où le total des parts assignées est au-dessous de la masse successorale, l'excédent, suivant les règles que nous venons d'exposer doit être remis à ces mêmes héritiers réservataires au prorata de leur part assignée. Ces héritiers étant plus proches, excluent les héritiers de degré et d'ordre postérieurs, même si ces derniers sont héritiers âsibs.

L'invariabilité de part n'est pas un obstacle à l'attribution de l'excédent. Cette attribution aura lieu au profit des héritiers à parts assignées toutes les fois que les héritiers à parts non assignées sont d'ordre postérieur.

*Premier exemple :* Dans la succession figurent les parents du défunt ou l'un d'eux, et une ou plusieurs filles dans le premier ordre, et un ou plusieurs frères ou frères et sœurs âsibs, c'est-à-dire germains ou consanguins dans le second ordre.



a) Admettons que ce soient les père et mère du défunt et une fille unique qui soient en présence. Chacun des père et mère reçoit sa part assignée, soit  $\frac{1}{6}$  pour chacun. La fille unique reçoit elle aussi sa part assignée, soit  $\frac{1}{2}$  ou  $\frac{3}{6}$ . Après le prélèvement des parts assignées, il en reste  $\frac{1}{6}$  d'excédent. Cet excédent, sera, d'après les Chiites, divisé en 5 parties égales, dont trois parties reviendront à la fille et deux parties aux père et mère, chacun pour une partie. Donc le dénominateur commun étant 30 la fille prélève sur le total  $\frac{18}{30}$  et chacun des père et mère  $\frac{6}{30}$ .

b) Admettons maintenant qu'il y ait en présence le père ou la mère et deux ou plusieurs filles. Le père et la mère reçoivent chacun  $\frac{1}{6}$  et les filles  $\frac{2}{3}$  ou  $\frac{4}{6}$ . Celles-ci se partageront ensuite cette quotité entre elles par parts égales. Il reste encore  $\frac{1}{6}$  en excédent. Le même calcul intervient. On partage l'excédent en 5 parties égales dont une sera attribuée à l'un des père ou mère et quatre autres aux filles.

Ni dans le premier cas ni dans le second, l'excédent de  $\frac{1}{6}$  ne peut passer dans la doctrine chiite au 2<sup>e</sup> ordre des successibles, c'est-à-dire aux frères et sœurs qui sont *àsibs*.

C'est la solution contraire chez les sunnites qui a prévalu. On attribue cet excédent aux *àsibs* du second ordre, et cela avec d'autres complications que nous n'avons pas à aborder ici.

*Deuxième exemple :* Dans la succession figurent les sœurs germaines et à leur défaut les sœurs consanguines du défunt dans le second ordre, et des héritiers *àsibs*, au 3<sup>e</sup>. Les sœurs germaines ou consanguines lorsqu'elles ne sont pas accompagnées de frères issus de même souche, sont des héritiers fards. Cependant elles reçoivent l'excédent de la succession à l'exclusion des *àsibs* de 3<sup>e</sup> ordre.

Donc la sœur germaine ou consanguine reçoit la moitié de la succession à titre de fard et l'autre moitié à titre d'excédent. De même, les sœurs germaines ou consanguines reçoivent les  $\frac{2}{3}$  de la succession à titre de fard et l'autre tiers (si toutefois il n'y a pas d'autres héritiers fards), à titre d'excédent.

En un mot, s'il y a excédent dans l'héritage, ce sont ces sœurs germaines ou consanguines qui en profitent à l'exclusion de tous autres héritiers mêmes *àsibs*, de rang ultérieur. Ici encore il en est tout autrement chez les sunnites.

## II. — *Cas où parmi les héritiers ne figure aucun successible à part assignée*

Au cas où il n'y a aucun successible à part assignée en présence, les deux règles précitées fonctionnent simultanément. On peut envisager trois cas classiques :

a) Dans le premier ordre de successibles, il n'y a que des enfants du *de cujus* de l'un et de l'autre sexe. Dans le second et le troisième il y a des asibs.

Le premier ordre ne contient donc que des héritiers à part non assignée, car les filles, lorsqu'elles viennent à côté des fils à la succession, ne sont plus des héritières fards, mais héritières universelles ; et elles se partagent la succession avec leurs frères à raison d'une part pour la fille et deux parts pour le fils. Ces héritiers sont privilégiés aux autres héritiers d'ordre et de degré postérieurs, et le ta'sib n'a pas lieu.

Ta'sib n'a même pas de sens dans cette hypothèse.

b) Le premier ordre de successibles fait complètement défaut ; par contre, dans le second ordre il y a des collatéraux privilégiés de l'un et l'autre sexe, mais tous germains et à leur défaut, tous consanguins. Les sœurs germaines ou consanguines en présence de leurs frères de même origine, deviennent héritières universelles. Ces collatéraux se partagent la succession entre eux à raison d'une part pour la fille et deux parts pour le fils. Aucune parcelle de la succession ne passe à un ordre postérieur ou à un degré postérieur tant qu'il y a des représentants dans l'ordre en question.

c) La succession présente des successeurs du troisième ordre, tous héritiers à part non assignés. Il n'y a, par exemple, que des oncles et des tantes paternels.

Il n'y a pas dans le Livre une assignation de parts pour ces héritiers. Mais les injonctions générales règlent leur sort. Elles consistent en ce que ces héritiers jouissent au point de vue de l'ordre et de degré d'une priorité par rapport aux autres héritiers en expectative ; ils viennent à la succession en excluant tous ces héritiers.

Dans ces trois hypothèses on se trouve en présence d'héritiers dont le sort n'est pas réglé par des textes particuliers. Ce ne sont que des principes généraux posés par le Livre saint qui leur sont appliqués.

### III. — *Cas de présence des héritiers de degré postérieur au 1<sup>er</sup> degré du premier et du second ordre*

Tant qu'il s'agit des héritiers du premier degré du premier et du second ordre, le Livre saint indique expressément leur part assignée, si toutefois ils sont héritiers réservataires.

Si, au contraire, le premier degré des successibles dans ces deux ordres fait défaut, alors aucune règle spéciale ne précise le cas : les héritiers resteront soumis à l'ingérence des règles générales.

Il y a deux hypothèses à distinguer dans ce cas :

A. *Les descendants des enfants du défunt de l'un ou de l'autre sexe et de différents degrés sont présents à la succession.* —

a) Tant que parmi les enfants immédiats du défunt, un seul survit, ses enfants propres et les descendants des autres enfants prédécédés du défunt sont privés de toute part dans l'héritage même si cet enfant immédiat est une fille, même si les autres descendants sont du sexe mâle. Une divergence sépare sur ce point les chiites et les sunnites. Ces derniers règlent la question de l'héritage suivant les circonstances en appliquant la plupart du temps le principe du privilège de la masculinité ; ceci concerne le degré.

Il en est de même pour l'ordre. Tant que dans le premier ordre il y a un représentant de l'un ou de l'autre sexe, les représentants de second ou de troisième ordre, même s'ils sont des asibs, sont exclus de la succession. Sur ce point encore, la divergence surgit entre les chiites et les sunnites. Chez ces derniers, les filles du défunt n'excluent point les collatéraux privilégiés qui prennent une part à la succession bien qu'ils soient du second ordre. Cela s'applique, non seulement lorsque parmi les collatéraux il y a des frères germains ou consanguins (1), mais même lorsqu'il n'y a en présence que des sœurs. Dans ce dernier cas, il y a un curieux procédé de « ta'sib-ma-ghaïreh » (2) qui intervient et qui fait partager la succession entre les filles et les sœurs (3).

(1) Voir Boulos, *op. cit.*, p. 231, III.

(2) Voir Marçais, *op. cit.*, pp. 65 ss.

(3) Pour les différentes autres hypothèses du concours des filles et des collatéraux, voir notamment Marçais, pp. 87-100 et pp. 137 ss. ; Voir aussi Boulos, pp. 214-220 et pp. 230 ss.

b) Du premier degré, si nous passons maintenant au second, nous remarquons que nos principes retrouvent toute leur application.

1° Dans leur ordre propre, les petits-enfants plus proches excluent en droit chiite, les plus éloignés, et cela, sans distinction de sexe. Nous savons combien, sur ce point, les chiites sont en opposition avec les sunnites. Donnons pourtant un exemple :

Chez les sunnites, parmi les petits enfants on doit distinguer deux cas :

α) Les petits-enfants sont tous de même sexe.

Dans ce cas, si tous sont du sexe masculin, les plus proches excluent les plus éloignés. Si, au contraire, ces enfants sont du sexe féminin, des complications surgissent.

Si elles sont en présence d'une fille unique du défunt, elles ont toutes droit à un sixième de la succession. Si elles sont en présence de deux filles du défunt, elles sont toutes exclues (1).

Si elles sont de degrés différents, rien n'est décidé juridiquement à leur égard.

On peut soutenir tout aussi bien leur exclusion que leur participation (2).

β) les petits-enfants sont de sexes différents.

Il faut prévoir trois cas :

1° Les petits-enfants de l'un et de l'autre sexe sont tous du même degré ; alors il y a « ta'sib-bi-ghaireh » et tous se partagent ensemble la succession, le fils ayant le double de la part de la fille.

2° Les petits-fils sont d'un degré plus proche que les petites-filles ; ils les excluent complètement de la succession.

3° Les petites-filles sont d'un degré plus proche que les petits-fils ; elles ne peuvent pas exclure les petits-fils. Au contraire, elles subissent l'effet du « ta'sib-bi-Ghaïreh » et sont obligées de prendre la moitié de la part attribuée aux petits-fils. Ainsi le petit-fils, malgré sa postériorité, quelquefois même de plusieurs degrés, est relevé de son incapacité. Il impose de plus une réduction d'une moitié sur la part de la petite-fille.

---

(1) Voir Boulos, *op. cit.*, p. 218, 4° et 5° hypothèses.

(2) *Ibid.*, p. 219, remarque.



Cette inconséquence est relatée par M. Boulos dans les termes suivants : « ...Peu importe que ce ptit-fils soit d'un degré égal « ou postérieur à celui de la petite-fille ; cela n'empêche qu'il « leur communique sa qualité d'asib. Et pourtant nous savons « déjà que la règle est que la communication de qualité d'asib « ne peut se produire qu'à égalité des degrés... »

Nous voyons donc que le seul souci des juristes était en cette matière de sauver, par n'importe quel procédé (même douteux), le privilège de la masculinité. Il faut ajouter tout de suite que dans la doctrine sunnite, lorsqu'on parle des petites-filles, on conçoit « toutes descendantes d'un descendant mâle par le mâle à l'infini » (1).

Chez les chiïtes, au contraire, les règles d'ordre et de degré sont soigneusement respectées. Il n'y a qu'une règle en l'occurrence : chacun des petits-enfants de l'un ou de l'autre sexe, s'il est appelé utilement à la succession, participe au partage en exerçant son droit d'héritage suivant la souche. Dans chaque souche le partage se fait à raison d'une double part pour l'homme. La simplicité, on le voit, est extrême.

La solution sunnite, au contraire, avantage la descendance masculine. Par la suite les règles de l'ordre et du degré se trouvent enchevêtrées, et des confusions sont inévitables. C'est pourquoi, dans tous les traités de succession de secte sunnite, on est obligé d'étudier la situation de chaque héritier à part, et d'envisager toutes les hypothèses dans lesquelles cet héritier peut venir en concours avec un autre héritier. Les solutions étant casuelles, la succession sunnite ne devient qu'un recueil des cas d'espèce. Le vice vient exactement de ce que les principes posés au frontispice de l'institution ne sont pas respectés, et malgré l'existence de l'ordre et du degré, nous constatons à chaque instant une transgression aux règles préalablement établies pour avantager presque arbitrairement telle ou telle catégories d'héritiers.

Par rapport aux ordres postérieurs, les petits-enfants de l'un ou de l'autre sexe jouissent, en droit chiïte encore du droit de l'exclusivité par rapport aux successibles du deuxième et troisième ordre.

---

(1) Voir Boulos, *op. cit.*, p. 217. — Le sort d'une petite-fille qui n'est pas attachée au défunt par descendants mâles est encore pire.

Etant donné qu'à défaut du degré proche, le degré éloigné avance dans les rangs, et profite en son nom et qualité propre des avantages reconnus à son intermédiaire, ce degré exclut les successibles d'ordre postérieur.

Chez les sunnites, au contraire, certaines circonstances (telles par exemple la qualité réservataire d'héritier du premier ordre et la qualité d'asib d'héritier d'ordres suivants), font transporter une partie de l'héritage du premier ordre au second ou du second ordre au troisième. Cette transmission existait déjà lorsqu'il s'agissait des héritiers de premier degré. A plus forte raison elle existe lorsqu'il s'agit des héritiers des degrés postérieurs. Alors un concours s'établit entre les petits-enfants et les collatéraux de degrés différents, concours terriblement compliqué surtout lorsqu'on imagine les difficultés déjà existantes à l'intérieur de chaque groupe dans le genre de ce que nous avons rencontré au sujet du concours des petits-enfants entre eux.

Dans toutes ces hypothèses, nous avons évité à dessein de faire entrer dans le concours la branche ascendante, et cela, pour parer, en partie, aux difficultés que ce concours entraîne.

*B. Les descendants des collatéraux privilégiés de l'un ou de l'autre sexe et de différents degrés sont présents à la succession.* — Nous venons de terminer l'exposé du cas de concours des descendants des deux sexes des enfants du défunt. Nous avons appliqué les règles générales de la succession précédemment posées tour à tour aux différentes hypothèses de leur concours. Il s'agit maintenant d'étudier le concours des descendants des collatéraux privilégiés et l'application des principes en question à leur égard.

En ce qui concerne les collatéraux privilégiés du premier degré, leur cas est clair puisqu'il est réglé suivant les injonctions légales expresses. Tout d'abord ils sont répartis en trois classes :

- 1° germains ;
- 2° consanguins ;
- 3° utérins.

Ensuite, parmi les deux premières classes, les mâles sont asibs et les femmes, en principe sont fards. Tandis que la troisième classe se compose uniquement d'héritiers fards ; le sexe, dans cette classe, n'est pas pris en considération.

La différence principale qui sépare les chiïtes et les sunnites sur cette matière consiste en ce que d'abord chez la généralité des sunnites, les collatéraux forment au point de vue de l'ordre, une classe postérieure aux ascendants ordinaires du défunt. Car chez les sunnites, nous le savons déjà, on admet la maxime « le grand-père est père ». Tandis que chez les chiïtes, les collatéraux privilégiés forment, avec les ascendants ordinaires, le second ordre des successibles. Cette infériorité des collatéraux privilégiés par rapport aux ascendants ordinaires chez les sunnites, n'empêche pas, néanmoins, un concours des collatéraux avec les ascendants ordinaires (tout au moins chez les trois écoles Chafiïte, Hambalite et Malekite, suivant la doctrine de Moqacamat) (1).

Chez les chiïtes, au contraire, les frères et sœurs venant en deuxième ordre à la succession concourent avec les ascendants ordinaires qui sont du même ordre. Ils partagent tous ensemble la succession, selon les règles que nous rencontrerons plus loin.

Une seconde différence entre les deux sectes chiïtes et sunnites dans cette matière, est le résultat de l'enchevêtrement d'ordres chez ces derniers.

Ainsi les collatéraux privilégiés de l'un ou de l'autre sexe concourent chez les sunnites avec les descendants du 1<sup>er</sup> degré, et à plus forte raison avec les descendants des degrés postérieurs et partagent avec eux la succession.

Enfin, à l'intérieur même de l'ordre collatéral une différence, qui est l'application du principe même de ta'sib, existe entre les deux sectes. Voici de quoi il s'agit.

Suivant le droit sunnite, lorsque deux ou plusieurs sœurs germanes sont en concours avec les frères et sœurs consanguins, les sœurs germanes s'attribuent leur part assignée, à savoir  $\frac{2}{3}$  de la succession, et l'excédant sera remis aux frères et sœurs consanguins, par suite de l'exercice du droit d'asaba. On partage cet excédent à raison d'une part pour la sœur et deux parts pour le frère.

Ceci est une anomalie, car les frères et sœurs consanguins sont rangés au même ordre et au même degré que les germains puisqu'ils viennent, comme eux, en concours avec les utérins, lesquels sont à coup sûr avec les germains d'ordre et de degré égaux.

(1) Voir Boulos, *op. cit.* p. 231.

D'autre part, ils ne viennent néanmoins à la succession qu'à défaut des germains.

Enfin, tandis qu'en présence des frères germains les frères consanguins sont exclus, en présence des sœurs germaines les frères consanguins profitent du droit de ta'sib et communiquent cette qualité à leurs sœurs germaines pour s'attribuer l'excédent des parts assignées.

La contradiction bizarre entre ces règles et l'exercice curieux du droit de ta'sib fait placer les collatéraux consanguins à la fois aux mêmes ordre et degré que les germains, et en dehors de ces ordre et degré.

En droit chiite, au contraire, les consanguins ne viennent à la succession qu'à défaut total des germains sans distinction de sexe. Cette différence entre les germains et les consanguins est évidemment absurde ; et si, à la rigueur, il fallait admettre une part plus élevée pour les germains, il ne faudrait pas pousser les choses jusqu'à l'exclusion totale des consanguins.

Cette critique vise en même temps les principes héréditaires sunnites et chiites. Car sur le principe de l'exclusion des consanguins en présence des germains, les deux sectes sont d'accord. Seulement, les sunnite, comme nous l'avons relaté plus haut, donnent au frère consanguin le droit de communiquer la qualité d'asaba, et de s'attribuer de cette façon l'excédent des parts assignées, toutes les fois qu'il se trouve en présence des sœurs germaines.

C'est le privilège de la masculinité qui reparaît.

Maintenant si nous passons des collatéraux privilégiés du premier degré aux descendants de ceux-ci, le principe en droit chiite est simple et clair. Chaque descendant vient de son chef à la succession. Il profite évidemment des droits et privilèges que son auteur possédait. Donc le partage de la succession à l'intérieur de ce groupe est par souche, et à l'intérieur de chaque souche est en vertu du privilège de masculinité. Il n'y a avec eux, d'autres concurrents que les ascendants ordinaires.

Chez les sunnites, il y a lieu de penser que, étant donnée la similitude de sort entre les fils et les frères d'une part, et les filles et les sœurs, d'autre part, une assimilation de solution serait inévitable pour les descendants des collatéraux avec les enfants du défunt. Si cela est vrai, et si les différences dues au sexe s'appliquent ici, tout comme chez les petits-enfants, les mêmes



complications surgissent d'abord à l'intérieur de cette catégorie d'héritiers, et ensuite entre les représentants de cette classe, et ceux des descendants du défunt.

Dans les traités de droit sunnite que l'on peut avoir ordinairement sous la main, des chapitres, analogues à ceux qui étudient le cas des petits-enfants, font défaut. Est-ce par l'inexistence d'une particularité spéciale à remarquer est-ce pour éviter, au contraire, les complications énormes qu'un tel concours pourrait entraîner, toujours est-il que nous sommes en présence d'un mutisme déconcertant.

Ce que nous pouvons retenir de cette étude succincte de la théorie de « ta'sib », c'est que cette théorie implique l'attribution de l'excédent des parts assignées aux héritiers àsibs d'ordre inférieur. Chez les sunnites on accepte cette attribution en se basant sur le caractère limitatif des parts assignées. On arrive ainsi à l'interdiction de l'attribution aux héritiers réservataires d'une part supérieure à la réserve. Chez les chiites on rejette ce principe, et on adopte l'attribution de l'excédent aux héritiers réservataires, en se basant sur le principe de la proximité d'ordre successoral et l'exclusion des héritiers d'ordre postérieur par les héritiers d'ordre plus rapproché.

L'adoption de cette théorie par les sunnites a créé dans leur système successoral, le mélange des héritiers de tout ordre et de tout degré. Son rejet par les chiites a permis, au contraire, de maintenir dans la cohue de la succession islamique, des principes directeurs.

Avec ce dernier système, si on adopte en législation quelques réformes de principe, telle par exemple, la représentation ou l'élévation du rang des héritiers plus intéressants, l'ensemble de la législation en matière successorale devient plus équitable.

## § 2. — AL AOL

La glose de « Charayé » traité de droit chiite nous donne sur cette théorie la définition suivante : « On entend par « aol » le « fait que l'ensemble des parts assignées dépasse la somme totale « de la succession... »

Étymologiquement, ce mot a des sens différents suivant qu'il est pris sous forme active ou passive, ou qu'il est employé dans telles ou telles formes de conjugaison.

En matière de succession, les sens usuels de ce mot sont cités par la glose du précédent traité. A savoir :

1° Dépasser une mesure : l'ensemble des parts assignées dépasse la somme totale de la succession.

2° S'écarter de la ligne droite : la succession s'écarte de la ligne droite puisqu'elle impose une diminution aux successeurs à parts assignées.

3° Etre entouré d'une famille nombreuse que l'on a à sa charge ; la succession doit entretenir le plus grand nombre des successibles.

4° Hausser, élever : le dénominateur commun des parts successorales en cas de aol s'élève au delà du patrimoine successoral (1).

Enfin, MM. Sautayra et Cherbonneau dans leur traité de la succession musulmane (2) nous donnent sur ce trajet le développement suivant : « ...les héritiers fards peuvent être nombreux » et les parts de chacun d'eux additionnées dépasser l'unité. »

En résumé, il y a aol toutes les fois que le total des parts assignées dépasse la somme globale de la succession.

Il s'agit maintenant de savoir sur quelle catégorie d'héritiers ce déficit se partagera. Sera-t-il partagé entre tous les héritiers au prorata de leurs parts, ainsi que la logique le veut *a priori* ou bien sera-t-il imposé, au contraire, sur certaines catégories d'héritiers, et lesquelles.

Voici le terrain de discussion.

Les sunnites adoptent la première solution et les chiïtes la seconde.

### *L'apparition historique du problème*

Nous lisons chez les auteurs Sautayra et Cherbonneau, le passage suivant :

« Cette hypothèse (c'est-à-dire l'hypothèse de « aol » s'est « réalisée peu après la mort du prophète. Une femme mourut « laissant pour héritiers son mari et deux sœurs ; la part du « mari est de moitié ou de  $\frac{3}{6}$  ; celle des sœurs de  $\frac{2}{3}$  ou  $\frac{4}{6}$ , « les deux réunies forment plus que l'entier. El Téoudi rap-

(1) Pour d'autres significations de ce mot, voir Boulos, *op cit.*, p. 198.

(2) Sautayra et Cherbonneau, *Droit musulman, du statut personnel et des successions*, t. II, p. 138, n° 634.

« porte dans son commentaire sur Mohammed Assem (traduction Bourdens Lassalle) que le Calife Omar arrêté par la difficulté, demanda conseil aux juristes qui l'entouraient : « J'ai, dit-il, remis au mari ce qui lui revenait, et il ne me reste plus entre les mains ce à quoi les sœurs peuvent prétendre. D'un autre côté, si je donne à ces dernières la part fixée pour elles, il ne restera pas de quoi remplir le mari de ses droits. »

« Abbès lui conseilla alors d'appliquer l'aol (ce fut peut-être Ali). Il lui dit : « Comment ferais-tu, émirel Mouminine si un homme était mort devant à d'autres hommes sept dinars et n'en eût laissé que six ? Ne faudrait-il pas faire de cette succession sept parts, et faire supporter à chacune une réduction proportionnelle ? S'il en est ainsi il faut diviser la succession de la femme en sept et accorder trois parts au mari et quatre aux sœurs. » Le Calife reconnut que le conseil était juste, et tous ceux qui étaient présents l'approuvèrent.

L'auteur continue :

« L'aol consiste donc, ainsi que l'a écrit M. le Président Solvet, à opérer une réduction proportionnelle en élevant le dénominateur des fractions à la somme de tous les numérateurs qui, eux-mêmes, restent invariables. »

La solution chez les sunnites, suivant cette dernière définition ne fait pas de doute ; il ne s'agit que de répartir le déficit entre tous les copartageants au prorata de leur part héréditaire.

Cette solution est assez juste et équitable, mais elle est en contradiction formelle avec les textes législatifs. Ces textes assignent aux héritiers réservataires une part de réserve qui est, par sa nature même, incomparable avec la réduction. C'est justement sur ce point que les chiites basent leur théorie contraire.

### *Le point de vue Chiite*

Le texte de Charayé porte cette phrase péremptoire en guise des injonctions légales :

« Al Aol », chez nous, dit Mohaqeq, est rejeté puisque Dieu ne dispose pas des parts assignées dans une succession qui ne se suffit pas à elle-même... »

Extrayons les éléments de cette disposition. Un point doit d'abord être défini : c'est que l'aol n'intervient qu'au seul cas où les parts réunies de tous les héritiers assignés dépassent le total

du patrimoine. Or, une telle hypothèse ne se réalise que par l'intervention de l'époux survivant dans la succession. Dans toutes les hypothèses où il y a aol, nous constatons en effet la présence de l'époux survivant dans la succession.

Dans toutes ces hypothèses, le déficit héréditaire, d'après les Chiites, n'est imposé que sur la part des filles du défunt et ses sœurs. Ni l'époux survivant, ni autres héritiers en concours, ne subiront de réduction. Les filles du défunt et ses sœurs, c'est-à-dire celles-là seules qui, en cas d'excédent, profitent, selon la doctrine chiite, du reliquat des parts assignées, sont les seules qui doivent supporter la réduction. Ces deux catégories d'héritières, bien qu'elles soient essentiellement réservataires, deviennent quelquefois héritières universelles. Si donc une réduction leur est imposée, étant donné que leur qualité d'héritières réservataires n'est pas irréfragable, le principe de réserve n'est pas atteint ; d'autant plus qu'elles bénéficient de l'excédent des parts assignées, au moment où la succession représente un excédent.

Dès lors, nous voyons que la formule « Dieu ne dispose d'un « patrimoine pour attribuer des parts assignées, qu'autant que « ce patrimoine se suffit à elle-même », est pleine de sens. On veut dire par là, qu'il est impossible que le législateur appelle plus d'héritiers réservataires, qu'il n'y a de parts de réserve dans la succession. Et si un déficit se déclare, les parts des héritiers strictement réservataires, restent à l'abri de toute atteinte, et le déficit sera supporté par les bénéficiaires de l'excédent éventuel.

#### *Les cas d'application de la théorie al aol*

Comme nous venons de le dire, le déficit ne peut exister que par l'intervention du conjoint survivant dans la succession.

Les cas usuels d'application de aol dans les traités de droit sunnite s'élèvent à huit.

Sautayra et Cherbonneau nous rapportent le passage suivant : « La réduction proportionnelle, porte le texte de Sidi Khalil, p. « 11, s'opère lorsque les parts légitimes excèdent l'unité de « base. Cette unité de base est 2, 3, 4, 6, 8, 12 ou 24. L'aol ne « s'applique pas à toutes ces unités mais seulement à 6, à 12 et « à 24. L'unité 6 devient 7, 8, 9 ou 10. L'unité 12 se transforme



« en 13, 15, 17. Enfin, l'unité 24 devient 27 dans le cas appelé « membaria » (1).

Cela veut dire que le dénominateur commun devrait régulièrement être 6, 12 ou 24, mais en fait, l'ensemble des parts réunies dépasse ce dénominateur. Alors on fait augmenter le montant des parts jusqu'à ce qu'il puisse répondre aux unités numériques de toutes les parts réunies.

Nous n'avons pas ici à relater en détail toutes les hypothèses de aol.

Seulement à titre d'exemple, nous citerons quelques cas de déficit, tout en mettant en relief la différence qui sépare dans ces exemples les deux doctrines en opposition.

<sup>1</sup> 1<sup>er</sup> exemple : l'unité 6 se transforme en 7.

Il y a en présence le mari de la défunte et ses deux sœurs germaines.

Le mari a droit à .....  $1/2$  ou  $3/6$

Les deux sœurs ont droit à .....  $2/3$  ou  $4/6$

Les deux numérateurs dépassent le dénominateur.

Chez les sunnites par l'application de la règle aol, le mari reçoit .....  $3/7$   
et les deux sœurs .....  $4/7$   
ensemble .....  $7/7$

Chez les chiites, le mari au contraire reçoit sa réserve intégralement, et le reste revient aux deux sœurs.

Ainsi le mari reçoit .....  $3/6$

et les deux sœurs le reste, soit .....  $3/6$

ensemble .....  $6/6$

2<sup>e</sup> exemple : l'unité 12 devient 15.

Il y a en présence : le mari, le père, la mère et deux filles ou davantage du *de cujus*.

Le mari a droit à .....  $1/4$  ou  $3/12$

Le père à .....  $1/6$  ou  $2/12$

La mère à .....  $1/6$  ou  $2/12$

Les deux filles ont droit à .....  $2/3$  ou  $8/12$

---

(1) Sauteyra et Cherbonneau, *op. cit.*, p. 138, n° 634.

Les quatre numérateurs réunis nous donnent le nombre de 15 et dépassent ainsi le dénominateur.

Chez les sunnites par l'application de la règle aol,

|                      |       |
|----------------------|-------|
| Le mari reçoit ..... | 3/15  |
| Le père .....        | 2/15  |
| La mère .....        | 2/15  |
| et les sœurs .....   | 8/15  |
| ensemble .....       | 15/15 |

Chez les chiites, le mari et les parents reçoivent chacun leur part assignée et le reste revient aux deux filles, ainsi,

|                      |       |
|----------------------|-------|
| Le mari reçoit ..... | 3/12  |
| Le père .....        | 2/12  |
| La mère .....        | 2/12  |
| et les filles .....  | 5/12  |
| ensemble .....       | 12/12 |

3<sup>e</sup> exemple : l'unité 24 devient 27.

Il y a en présence : la femme, les deux descendants privilégiés et deux ou plusieurs filles.

|                          |              |
|--------------------------|--------------|
| La femme a droit à ..... | 1/8 ou 3/24  |
| Le père à .....          | 1/6 ou 4/24  |
| La mère à .....          | 1/6 ou 4/24  |
| Les deux filles à .....  | 2/3 ou 16/24 |

L'ensemble des numérateurs dépasse le dénominateur commun ; on attribue chez les sunnites :

|                     |       |
|---------------------|-------|
| à la femme .....    | 3/27  |
| au père .....       | 4/27  |
| à la mère .....     | 4/27  |
| et aux filles ..... | 16/27 |
| ensemble .....      | 27/27 |

Chez les chiites, au contraire, on attribue à chacun des trois premiers leur réserve et le reliquat aux deux filles. Ainsi,

|                                      |       |
|--------------------------------------|-------|
| La femme a droit à .....             | 3/24  |
| Le père à .....                      | 4/24  |
| La mère à .....                      | 4/24  |
| et les deux filles ont droit à ..... | 13/24 |
| ensemble .....                       | 24/24 |

Les sunnites appellent ce dernier cas *membaria*, parce qu'ils disent que le cas aurait été réglé par Ali au moment où il parlait dans la chaire (*membar*). Ali aurait été consulté sur l'affaire et aurait indiqué la solution dans les termes suivants : « le huitième devient un neuvième. » Cela veut dire que le dénominateur 24 (ou 3 fois 8) doit être remplacé par 27 (ou 3 fois 9). Cette attribution doit être admise sous réserve.

Avant de clore ce chapitre, il faut remarquer que la solution chiite, bien qu'elle soit plus conforme au texte de la loi coranique, et quoique dans son esprit elle ne soit pas non plus en contradiction avec l'équité (puisqu'elle sauvegarde les intérêts de l'époux survivant, et aussi ceux des ascendants privilégiés qui n'ont qu'une part assez minime dans la succession du *de cujus*), il est certain que d'autres fois, cette solution comporte un préjudice énorme à l'endroit des sœurs germaines et consanguines qui sont en présence des sœurs utérines. Ces dernières étant des héritières uniquement fard reçoivent dans la succession  $1/6$  ou  $1/3$  suivant le nombre ; tandis que les sœurs germaines en recevant le reliquat ne s'attribuent qu'une part dérisoire.

Ainsi, si nous supposons que la succession est ouverte en faveur d'un mari survivant, de deux sœurs utérines et de deux sœurs germaines, ou à défaut de deux sœurs consanguines, suivant la solution chiite :

|                                             |       |
|---------------------------------------------|-------|
| le mari reçoit la moitié ou .....           | $3/6$ |
| les sœurs utérines le tiers ou .....        | $2/6$ |
| et les sœurs germaines, le restant ou ..... | $1/6$ |

Ces dernières qui, en principe sont considérées comme étant plus dignes d'intérêt tombent ici en disgrâce en présence de leurs sœurs utérines. Peut-on dire que cette défaveur est la rançon de l'avantage que les sœurs germaines ou consanguines auraient eu si la succession avait comporté un excédent à la place d'un déficit ?

Quoi qu'il en soit, à part cette particularité qui choque peut-être au premier abord notre esprit d'égalité et de justice, nous pouvons conclure que le rejet de l'aol dans la doctrine chiite respecte mieux l'esprit des textes de la loi. Elle préserve, d'autre part, des intérêts qui ne sont pas moins dignes d'être protégés.

La part du conjoint survivant est plus respectable que celle des collatéraux. De même, lorsque le conjoint se trouve en présence des descendants du *de cujus*, il est équitable de protéger (surtout lorsqu'il s'agit de la femme) la part minime que la loi lui a reconnue. D'autant plus que dans ce dernier cas les enfants du *de cujus* retrouveront, après le décès de leur mère, la part que celui-ci avait reçu de l'héritage.

Certes, il existe des cas où la diminution des parts est très désavantageuse aux deux catégories qui supportent le déficit.

Tel est le cas, par exemple, des sœurs germaines ou consanguines se trouvant en présence des sœurs utérines et du mari survivant. Nous avons constaté plus haut cette anomalie. Mais nous ne devons pas, d'autre part, perdre de vue qu'un tel désavantage est en réalité la contrepartie du rejet de la doctrine de ta'sib, rejet qui semble à tous points de vue, être plus en conformité avec ce même esprit de justice et d'équité qui nous guide dans la présente discussion.

### SECTION III. — CONDITIONS REQUISES POUR SUCCÉDER ET DE L'ÉVICTION

Le titre d'héritier est acquis à celui qui réunit les conditions nécessaires pour succéder, et qui, d'autre part, n'est pas écarté de la succession pour cause d'indignité. Capacité successorale d'une part, inexistence d'une indignité d'autre part, voilà ce qu'on entend par qualités requises pour succéder, et le Code civil persan a consacré, sous cette rubrique, son 3<sup>e</sup> chapitre à l'étude de la capacité et de l'indignité.

#### § 1<sup>er</sup>. — *La capacité*

Pour être capable de succéder, il faut exister au moment de l'ouverture de la succession. Donc, si l'existence d'une personne est douteuse, la succession ne peut avoir lieu à son profit.

Or, l'état de l'enfant conçu, l'état d'absent et l'état des comorientes sont trop douteux au point de vue de leur existence pour qu'ils puissent prendre part à la succession.

Le Code civil persan réunit ces trois chefs sous un titre unique et les traite successivement.



A. *L'enfant conçu*. — L'article 875 du Code civil nous dit :

« Pour succéder il faut être vivant à l'instant de la mort du  
« *de cujus*. En cas de conception, l'enfant ne peut succéder que  
« s'il est déjà conçu au moment de la mort du père. L'enfant doit  
« être né vivant, peu importe s'il meurt tout de suite après la  
« naissance, ou à une date plus éloignée. »

Donc, selon cet article, la condition de successibilité est l'existence de l'héritier au moment de l'ouverture de la succession. La conception est traitée par la loi de la même façon que l'existence effective du successible, si toutefois deux conditions sont réunies :

- 1° que l'enfant soit déjà conçu au moment de la mort ;
- 2° que l'enfant soit né vivant.

1° En ce qui concerne la première condition, la question ardue de la preuve surgit ici comme dans les autres législations.

Nous connaissons déjà les deux tendances opposées dans la littérature juridique française sur la matière, consistant en l'application de la présomption des articles 312 et ss. du Code civil d'une part, et en l'application des preuves médicales de droit, d'autre part. MM. Colin et Capitant rapportent avec raison, semble-t-il, une troisième opinion qui est le moyen terme entre les deux extrêmes (1).

Or, le Code civil persan a choisi dans son article 877 la première des trois solutions précédentes, solution qui n'est peut-être pas la meilleure :

« En cas de contestation sur le montant de la conception,  
« lisons-nous dans l'article 877, il faut appliquer la présomp-  
« tion légale en matière de légitimité. »

La présomption légale en matière de légitimité veut que l'enfant né de la femme d'un mari soit attribué à ce mari, à condition que depuis la cohabitation jusqu'à la naissance de l'enfant se soient écoulés au moins six mois lunaires et au plus dix mois lunaires. Si l'on applique cette présomption à la succession, il résulte que si l'enfant est né avant l'échéance de dix mois lunaires à dater du décès du mari de la femme, l'enfant est considéré comme enfant du mari, et partant son successeur.

---

(1) Colin et Capitant, *Cours élémentaire de D. C. fr.*, t. III, p. 440, 5<sup>e</sup> édit., 1929, Paris.

La loi a ainsi étendu la présomption en matière de légitimité au problème de la succession.

2° En ce qui concerne la deuxième condition qui exige que l'enfant soit né *vivant*, nous constatons une différence assez remarquable entre le Code civil persan et l'article 725 du Code civil français, qui veut que l'enfant soit né *viable*.

D'abord, examinons le terme de l'article 877 du Code civil persan pour voir ce qu'il faut entendre par la seconde condition.

Cet article est inspiré par la doctrine du droit chiite. Le texte du traité de droit chiite « Charayé », nous dit sur cette matière : « L'enfant conçu hérite s'il est né vivant... » (Charayé, édit., cit. p. 269).

Le traducteur du précédent traité, Querry, introduit l'expression « viable » à la place de « vivant », lorsqu'il nous dit, en traduisant le passage précédent : « L'enfant conçu et encore « à naître hérite si, ensuite, il naît viable... » (1).

Mais la doctrine chiite entend par l'expression « né vivant », toute naissance qui n'est pas morte-née.

Par exemple, si à la suite d'une violence « sur la personne de la mère, ou par toute autre cause », une naissance a lieu d'une façon prématurée, de sorte que la non-viabilité de l'enfant ne reste pas douteuse, mais que l'enfant naisse cependant vivant, même s'il meurt presque tout de suite après sa naissance, il hérite et on peut aussi hériter de lui.

Evidemment, il s'agit ici de savoir si l'enfant au moment de sa naissance est né vivant ou mort. Mais c'est là une simple question médicale qui n'a aucun rapport avec la question de fond. Par exemple, au moment de la naissance, le fœtus peut faire un mouvement quelconque. Il s'agit de savoir si ce mouvement est vital et ne peut émaner, par conséquent, que d'un corps vivant, ou si, au contraire, ce mouvement n'est qu'une sorte de recoquillement ou de contraction musculaire qu'on observe habituellement chez « les animaux égorgés », et qui ne peut être attribué, par conséquent à la vie. En un mot, il s'agit de savoir si le mouvement est volontaire, ce qui est signe de vie, ou s'il est naturel, telle la contraction de chair qui ne saurait être l'émanation d'une force vitale.

---

(1) Querry, t. II, p. 369, n° 338.

Querry nous dit sur ce passage :

« La disposition précédente (l'éviction à la succession) s'applique aussi à l'enfant chez lequel se produit au moment de la naissance, un mouvement occasionné par une autre cause qui ne peut être attribuée à la présence de la vie, tel que celui que l'on observe chez les animaux égorgés... » (1).

L'état de vie du nouveau-né doit donc être constaté par les médecins de l'état civil.

Mais on peut penser que l'examen médical ne réussit pas toujours à se prononcer avec toutes les certitudes voulues. Alors l'article 876, pour éviter l'état fâcheux d'indécision, déclare que : « si au moment de la naissance, la vie du nouveau-né reste douteuse, la successibilité sera écartée. »

De cette série d'articles, on peut donc conclure que l'enfant né vivant, même s'il n'est pas viable, même s'il meurt tout de suite après avoir vu le jour, hérite à condition que son état vivant ne fasse l'objet d'aucun doute.

Le droit français, au contraire, déclare que l'enfant doit être né viable. C'est-à-dire qu'il ne suffit pas qu'il soit vivant au moment de sa naissance ; il faut qu'il soit né vivant et viable. Certains auteurs soutenaient même que l'enfant né avant 180 jours après sa conception, n'étant pas viable, ne vient pas à la succession.

Tandis que dans le droit chiite, nous avons vu enseigner, au contraire, que, si, à la suite d'une violence exercée sur la personne de la mère, l'enfant est né d'une façon prématurée (donc même avant six mois à dater du mariage, même si sa non viabilité ne fait pas l'objet de doute), il sera sujet de droit s'il fait un mouvement jugé vital.

Le Code civil persan, inspiré du droit chiite, a suivi sur ce point la voie tracée. Il s'agit, dès lors, de constater si au moment de la naissance l'enfant est mort-né ou bien s'il n'est mort qu'après avoir goûté le souffle de la vie, même si cette vie n'a duré qu'un instant. Ajoutons ceci qu'en doctrine chiite l'enfant né moitié vivant, moitié mort, ne succède pas. Abou Hanifa et les légistes de l'Ecole hanafite enseignent le contraire.

---

(1) Querry, t. II, p. 369, n° 340.

*La preuve de l'état vivant du nouveau-né.* — En ce qui concerne la question de preuve, la loi est muette sur ce sujet. Mais il semble que la preuve soit à la charge de celui qui conteste l'état normal des choses. La vie étant normale chez le nouveau-né, et la mort l'exception, c'est à ceux qui avancent l'exception qu'incombe la charge d'apporter la preuve de leur allégation.

*L'état de la succession ouverte en présence d'une conception.* — Mais que sera l'état de la succession ouverte en présence d'une conception ? C'est l'article 878 qui décide sur la matière de la façon suivante :

« Si l'enfant conçu au moment de la mort du *de cujus* est un successible qui, le cas échéant, empêchera les autres héritiers ou un certain nombre d'entre eux de venir à la succession, le partage ne peut pas avoir lieu avant sa naissance.

« Si, au contraire, il n'empêche aucun héritier, et qu'il soit leur copartageant, les autres héritiers peuvent provoquer le partage à condition qu'une part égale à celle de deux garçons de même ordre que l'enfant conçu soit mise en dépôt. Avant la naissance, les parts attribuées aux autres héritiers n'auront rien de définitif. »

Suivant cet article, l'état de conception fait changer profondément la situation des héritiers. Il met, en effet, presque toujours le partage en suspens. Même au cas où le partage peut avoir lieu, cet acte n'a qu'un caractère provisoire.

Le règlement définitif n'intervient qu'après la naissance. Dans ce cas, suivant que l'enfant est né vivant ou mort, les autres héritiers se voient écartés de la succession ou appelés à y prendre part, ou enfin la part qui leur revient est réduite.

L'article 878 distingue trois hypothèses :

1° Au cas où l'enfant conçu empêche tous les autres héritiers d'une participation quelconque.

Exemple : L'enfant à naître est le neveu d'une personne qui n'a aucun autre héritier que ses oncles et ses tantes, c'est-à-dire des héritiers de troisième ordre. L'enfant, dont le père est déjà prédécédé dans notre hypothèse, est l'héritier unique de son oncle qui est le *de cujus*.

2° Au cas où l'enfant conçu empêche un certain nombre d'héritiers de participer à la succession.

Exemple : l'enfant à naître est en présence de ses grands-parents, de sa mère et des petits-enfants du *de cujus*. Il empêche



che ces derniers de venir à la succession, mais il ne peut pas empêcher ni les père et mère du *de cuius*, ni son épouse, c'est-à-dire, en somme, sa mère.

3° Au cas où l'enfant conçu n'empêche aucun héritier de venir à la succession.

Exemple : L'enfant à naître est, non pas en présence des petits-enfants, mais en présence des enfants de premier degré du *de cuius*.

Il a donc comme copartageants, ses grands-parents, sa mère et ses frères et sœurs.

Dans les deux premiers cas, l'article 878 interdit le partage avant la naissance de l'enfant, et dans le troisième cas, il le permet à condition qu'on réserve la part de deux garçons pour le cas éventuel où il y aurait des jumeaux du sexe masculin.

De cette disposition il résulte qu'un état d'indivision momentanée aux yeux du législateur est préférable à toutes les complications qu'un rapport des parts pourrait provoquer.

La reprise des parts concédées, donnera naissance à des difficultés qu'il serait sage d'éviter.

Ainsi la loi n'attribue en pareil cas aux héritiers que des parts indiscutables.

B. *L'absence*. — En droit français, l'absence en matière successorale prend deux aspects différents :

a) S'il s'agit d'une succession ouverte au profit de l'absent, étant donné que, par principe, un droit ne peut pas être exercé au nom de celui dont l'existence n'est pas prouvée, l'article 136 du Code civil français nous dit alors que la succession « ...sera « dévolue exclusivement à ceux avec lesquels « l'absent » aurait « eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueilli à « son défaut ».

b) En ce qui concerne le patrimoine de l'absent et la dévolution de ses biens aux héritiers présomptifs, il existe trois phases à parcourir :

1° La présomption d'absence ;

2° La déclaration d'absence et l'envoi en possession provisoire ;

3° Enfin, l'envoi en possession définitif.

Et si l'absent revient par la suite, les envoyés en possession définitifs sont considérés comme des détenteurs de bonne foi :

il n'y a pas de répétition de frais perçus ou d'annulation des droits réels établis par les héritiers au profit des tiers acquéreurs. En un mot, les héritiers agissent en vrais propriétaires avec la charge de restituer les biens tels qu'ils se trouvent au moment de la réapparition de l'absent.

Le droit persan en matière successorale, en cas d'absence, diffère sensiblement de ce qui précède.

a) D'abord en ce qui concerne la succession ouverte au profit de l'absent l'article 879 du Code civil décide que la part revenant à l'absent est consignée jusqu'à ce que son cas soit éclairci. Alors si son décès remonte avant la mort du *de cuius*, la part consignée sera distribuée entre les héritiers du *de cuius*. Autrement cette part reviendra à l'absent ou à ses héritiers propres.

L'idée directrice du Code en cette matière est le point suivant : Ne pas prendre l'absent pour réellement mort, et faire déclarer cependant, sur la demande des intéressés, la mort de l'absent par le tribunal compétent.

Dégageons ces constatations du texte de l'article 879.

1° D'abord, contrairement à ce qui se passe en droit français — l'article 136 du Code civil — l'incertitude de l'état de l'absent ne démontre pas nécessairement son inexistence. Quoique la condition de successibilité selon les termes mêmes de la loi est l'existence de l'héritier au moment de l'ouverture de la succession, le doute sur l'existence n'est pas tout à fait l'équivalent de l'inexistence. Il faut pourvoir à l'éventualité de réapparition de l'absent et réserver sa part, au moins jusqu'à ce qu'un nouvel état nous fixe dans un autre sens.

Mais quel est ce nouvel état qui pourra nous fixer sur le sort de l'absent ; c'est ou bien la réapparition de l'absent, auquel cas il profitera de la part consignée, ou bien l'intervention d'un jugement à la requête des intéressés.

Dans ce dernier cas, si les personnes intéressées arrivent à établir que la mort de l'absent est certaine et a eu lieu avant celle du *de cuius*, elles profitent évidemment de la part héréditaire de l'absent, et reçoivent, dans le partage, le supplément de leur part. Au cas contraire, cette part revient aux héritiers de l'absent.

2° Mais alors comment la preuve du décès est administrée. Cette preuve est administrée par tous les moyens propres à créer la conviction du juge sur le décès de l'absent. C'est l'appré-

ciation du tribunal qui est la seule condition de la déclaration du décès, décès évidemment basé sur la présomption non pas légale, semble-t-il, mais judiciaire.

L'article 872 nous dit en effet que pour une telle déclaration il faut l'échéance d'un laps de temps au delà duquel l'absent, dans les conditions où il se trouvait, ne pouvait pas survivre. Ce qui signifie que l'état de l'absent doit être jugé suivant sa force et sa solidité physique.

Donc l'âge, la fièvre, la santé, l'alcoolisme, etc., sont des éléments qui, dans des conditions égales, peuvent déterminer le sens du jugement à intervenir.

On a critiqué, à juste titre, l'excès de la législation française en matière d'absence qui, sous le couvert de sauvegarder les intérêts de l'absent, compromet les intérêts des tiers. Le Code civil allemand a éliminé les défauts reprochés au Code civil français, et dans son article 14 décide que, en principe, si l'absent a disparu depuis dix ans, sans donner aucune nouvelle de son existence, on peut faire reconnaître sa disparition par les tribunaux.

Le Code civil persan diffère des deux législations précédentes.

Théoriquement, comme en droit français, l'absent n'est pas tenu pour réellement mort : il y a des mesures provisoires pour sauvegarder ses intérêts, telle, par exemple, la consignation de sa part héréditaire en cas d'ouverture d'une succession, ou des mesures provisoires pour la gestion de ses biens.

Pratiquement, comme en droit allemand, un jugement déclaratif du décès peut intervenir avec toutes les conséquences civiles qu'un tel jugement peut comporter. La succession de l'absent peut donc être ouverte après ce jugement.

Au point de vue de la procédure, une date préfixée, comme cela existe en droit allemand, ne limite pas l'appréciation du juge. Tout dépend des circonstances.

Cela ne peut pas être sans avantages.

Si nous remontons à l'origine des idées qui ont inspiré les dispositions du Code civil en matière d'absence, nous constatons dans la doctrine du droit chiite, une série d'opinions (1) qui

---

(1) L'article 346 de Querry, t. II, p. 370, rapporte ces opinions de la façon suivante : « Les biens de l'absent doivent être réservés. Les légistes ne s'accordent pas pour fixer le délai de réserve. D'après une tradition rapportée

enseignaient ou bien l'ouverture de la succession au bout de dix ans après la disparition de l'absent (justement ce que dispose aujourd'hui le Code civil allemand) ou bien l'attribution de l'héritage aux seuls successeurs aisés et riches pour assurer la rescision en cas de réapparition de l'absent, opinion presque unanimement repoussée, ou bien, enfin, l'échéance d'un laps de temps au delà duquel l'absent ne pouvait pas ordinairement vivre. Cette dernière opinion qui a prévalu dans la doctrine chiïte, et est suivie aujourd'hui par le Code civil persan, tel que nous avons pu le remarquer.

Cette disposition a le privilège de sauvegarder en même temps les intérêts de l'absent et ceux des tiers dans la mesure qui coïncide mieux à la réalité.

b) En ce qui concerne le patrimoine de l'absent et la dévolution de ses biens aux héritiers présomptifs, les mêmes prin-

---

de l'Iman Abou-Abd-Allah par Osman ibn Issa, qui déclare l'avoir entendue de Semaet, le délai est de quatre années. Mais l'authenticité de ce récit est douteuse. Le cheikh Mofid, se basant sur une tradition rapportée de l'Iman Abou Djafar par Ali ibn Mehziar qui raconte que l'iman, après dix années, a fait vendre une partie d'une maison appartenant à un absent, est d'avis qu'après dix ans d'absence, la maison de l'absent peut être vendue ; mais cette opinion pêche par la base. (Ici, en traduisant le commentateur de Charayé, Querry ajoute, sous forme de note, le passage suivant : « en effet, si l'absent eût été déclaré décédé, on n'eût pas ordonné la vente d'une partie seulement de sa maison »). Le Cheikh Toussi dit qu'après la déclaration d'absence il est permis de remettre, sous caution, les biens de l'absent à ses héritiers. Cette opinion repose sur une tradition rapportée de l'iman Abd Allah par Eshaq ibn Ammar. Les héritiers de l'absent peuvent être mis en possession de ces biens s'ils offrent des garanties de fortune suffisantes. Le Cheikh Toussi, dans le Khélaf, émet l'avis que les héritiers de l'absent ne doivent être mis en possession de ses biens qu'après l'expiration d'un délai tel, que l'existence d'une personne d'un semblable tempérament n'est plus, généralement, présumable. Cette dernière opinion est préférable. »

Voici le passage traduit par Querry.

D'autre part, un commentaire sur l'absent de ce même traité de droit chiïte nous donne les raisons pour lesquelles cette dernière opinion s'est affirmée dans la doctrine, opinion à laquelle l'auteur du traité Mohaqeq, lui-même a souscrit, comme nous l'avons remarqué dans la traduction Querry. Ce commentateur dit en substance que l'on doit présumer la vie jusqu'à préemption contraire. Et cette présomption ne peut pas être formulée toujours de la même façon. En effet, les conditions de temps, de l'espace ainsi que le tempérament et d'autres considérations d'ordre individuel influent beaucoup sur la longévité des personnes. Voir Charayé, *édit. cit.*, p. 259, *Commentaire sur l'absent*.



cipes que nous avons rencontrés jusqu'ici régissent encore la question. L'article 872 déclare qu'on ne peut procéder au partage des biens de l'absent qu'après la preuve de sa mort ou après l'échéance du laps de temps au delà duquel une personne qui se trouve dans les mêmes conditions que l'absent n'aurait pas survécu.

Tout ce que nous avons dit plus haut s'applique à cet endroit, et le décès peut être déclaré par le tribunal sur la requête des parties intéressées.

Mais que faut-il faire si, malgré le jugement, l'absent réapparaît un jour ? Dans quelle mesure une action en répétition des biens peut-elle être introduite ?

Ce point n'est nullement traité par le Code. Il y a cependant des raisons pour soutenir que les héritiers qui sont envoyés en possession des biens de l'absent rendront les biens à celui-ci dans l'état où ils se trouvent sans avoir aucun compte à rendre. D'ailleurs, le rejet par le Code civil de l'opinion que nous avons rencontré plus haut dans la doctrine chiite laquelle voulait attribuer les biens aux successeurs aisés, démontre assez le point que nous venons d'énoncer.

Or, si la loi voulait la répétition inconditionnée de la succession, elle exigerait des garanties de paiement. Une telle garantie est repoussée par la doctrine antérieure à la législation et par la législation elle-même. Il résulte de là qu'une répétition des fruits perçus de bonne foi ne peut pas avoir lieu. D'autre part, le recours de l'absent ou de ses représentants, contre les tiers acquéreurs des biens successoraux, au profit dequels des droits réels ont été établis sur les biens héréditaires par les héritiers envoyés en possession, sera écarté.

Aussi l'action en répétition ne peut être exercée que sur les biens existants au moment de l'introduction de l'instance et dans l'état où ils se trouvent.

C. *Les commorientes.* — *La législation.* — Si la date exacte du décès des personnes qui sont appelées respectivement à la succession les unes des autres n'est pas déterminée ni déterminable, de façon à ce que la survivance d'aucune d'entre elles, par rapport aux autres, ne puisse être établie, la législation persane rejette, en principe, sauf exception, la successibilité mutuelle des personnes en question.

Nous n'entrons pas dans le détail de la preuve du décès ; nous ignorons quelle force la loi attachera (une fois le statut personnel codifié) à l'acte de l'état civil en matière de décès. Les énonciations de l'acte de décès auront-elles une force probante, ou serviront-elles simplement de base à une présomption de l'homme ?

Quoi qu'il en soit, le point indiscutable est que si la détermination de date est impossible, l'article 873 du Code civil persan interdit la succession mutuelle. Cet article est conçu dans les termes suivants :

« Si la date du décès de deux personnes qui se succèdent  
« mutuellement n'est pas déterminée, et si la survivance de  
« l'une par rapport à l'autre reste incertaine, l'ouverture de la  
« succession ne peut pas avoir lieu entre elles, sauf au cas où il  
« s'agit de naufrage ou d'éboulement, auxquels cas chaque  
« sinistré succède réciproquement à l'hérédité de l'autre. »

La raison du principe énoncé par l'article 875 est la considération suivante : étant donné que l'article 875 du Code civil exige l'existence de l'héritier au moment de l'ouverture de la succession, et étant donné, d'autre part, que les héritiers de l'un et de l'autre commorientes ne peuvent pas apporter la preuve de la survie de leur auteur, il est tout naturel qu'aucun des deux commorientes ne puisse succéder au patrimoine de l'autre. Cela pour la bonne raison que si l'on acceptait la succession réciproque, il faudrait supposer la survie de l'un après avoir déjà supposé sa mort.

Alors la succession de chacun est dévolue séparément à ses héritiers du degré subséquent. On agit tout comme si le comourant n'existait pas.

Certaines législations étrangères adoptent expressément ou tacitement la solution adoptée par l'article 873 du Code civil persan, inspiré sur ce point encore par le droit chiite (1).

Le Code civil français, au contraire suppose une série d'hypothèses sous forme de présomptions légales (articles 721 et suiv.).

---

(1) Voir article 1<sup>er</sup>, chapitre IV, Code civil suédois ; article 878, Code civil hollandais ; article 25, Code civil autrichien. Les Codes civils espagnole et suisse adoptent cette solution d'une façon tacite. Ils ne contiennent aucune disposition expresse sur la matière. La question est régie dès lors par les règles de droit commun en matière de preuve.

Le système du Code civil en France a donné lieu à de justes critiques sur ce point.

*Exceptions prévues par l'article 873*

Examinons maintenant les exceptions prévues par l'article 873 du Code civil persan. Elles sont au nombre de deux : naufrage et éboulement.

Ajoutons tout de suite qu'aucune raison vraiment plausible ne nous apparaît pour justifier ces exceptions.

Quoi qu'il en soit, ces exceptions, ayant un caractère limitatif et étant de droit étroit, n'empiètent pas sur les autres hypothèses.

Mais à quelles conditions les commorientes dans le cas de naufrage ou d'éboulement succède l'un à l'autre ? Ces conditions peuvent être tirées du texte de l'article 873. Elles sont au nombre de trois :

1° *La successibilité mutuelle.* — Il est nécessaire que les deux comourants soient réciproquement et mutuellement chacun héritier de l'autre. Il ne suffit donc pas que l'un hérite seul à l'exclusion de l'autre. Autrement leur cas est régi par le principe général de l'article 873.

Exemple : Il y a deux frères naufragés dont l'un a des enfants et l'autre n'en a pas. Ici le premier est seul héritier du second sans que la réciproque soit vraie. La succession mutuelle est rejetée. L'article 873, 1<sup>re</sup> partie, reprend son application.

2° *L'incertitude de la date du décès ou de la survivance de chacun par rapport à l'autre.* — Donc si la date du décès de l'un des deux est certaine, ou bien au cas de l'incertitude de cette date, on n'ignore pas cependant la survivance de l'un des deux comourants, quoique la date exacte des deux décès reste toujours inconnue, la succession réciproque ne peut avoir lieu.

Nous tombons encore sous le coup du principe général posé par l'article 873.

3° *Enfin, il faut qu'il s'agisse ou bien d'un naufrage ou bien d'un éboulement* pour que la succession réciproque s'ouvre exceptionnellement.

Donc, s'il s'agit d'un autre sinistre, tel que la guerre ou l'incendie par exemple, c'est le principe général qui réapparaît et reprend son application.

Mais même en supposant la réunion de ces deux conditions, la loi n'admet pas, comme en droit français, des présomptions légales. Elle ne présume pas la survie de l'un des deux comourants et le prédécès de l'autre.

Toute présomption légale étant en cette matière particulièrement arbitraire, la loi admet une solution peu logique peut-être, mais sûrement plus juste. Elle suppose alternativement le prédécès de chacun des deux comourants, et attribue au survivant la part qui lui revenait normalement dans la succession du prémourant. Evidemment, la base de calcul repose sur la totalité du patrimoine de chacun, à l'exception de la partie déjà reçue par chacun à titre de succession dans le patrimoine de l'autre.

Ainsi, si nous supposons la mort simultanée d'un père et d'un fils dans un naufrage, et si nous supposons, d'autre part, qu'il n'y a aucun autre héritier de rang égal dans la succession, nous devons, pour appliquer les règles susmentionnées supposer, d'abord, la mort du fils et attribuer au père toute la succession du fils, et supposer ensuite la mort du père et attribuer au fils tout le patrimoine du père, sauf la partie qu'il avait lui-même reçue à titre de succession. Chacun des deux comourants sera ainsi en possession de la totalité de la succession de l'autre, et transmettra, à son tour, cette succession à ses propres héritiers.

La solution sera toujours la même si dans l'hypothèse précédente il existe en rang utile, d'autres héritiers que les comourants. Ainsi, si le père a des enfants autres que le comourant, et si ce dernier a, à son tour, des enfants, il faut supposer d'abord la mort du fils et attribuer au père le sixième de la succession du fils, c'est-à-dire la part assignée du père, et supposer ensuite la mort du père pour attribuer au fils la part qui lui revient dans le patrimoine du père, à l'exception de la partie que ce dernier avait reçue lui-même à titre de succession dans le patrimoine de son comourant. Ces deux patrimoines ainsi fondus et refondus seront transmis à titre de succession aux héritiers propres de chaque comourant.

La raison de ce genre d'attribution est fort simple. C'est pour n'avantager aucun des deux comourants, ou plutôt aucun des héritiers de chacun des deux comourants aux dépens des autres. Il est évident que si la base de calcul était prise autrement, on aurait risqué de transmettre une quote-part tantôt plus élevée,



tantôt plus restreinte à telle ou à telle autre catégorie d'héritiers, et cela le plus arbitrairement du monde.

*Cas dans lequel la date du décès d'un seul des deux comourants est imprécise.* — Si nous supposons maintenant que dans les deux sinistres en question, la date du décès d'un seul des deux comourants est imprécise, celui-là seul des deux comourants prend une part à l'héritage de l'autre dont la date de décès n'est pas indiquée. Il y a dans la théorie des sources du droit musulman, un principe selon lequel l'état primordial des choses subsiste jusqu'à la preuve du contraire. On a appliqué ce principe à notre hypothèse, et on présume la survivance de celui des deux comourants dont la date du décès est incertaine. On lui donne le droit de succéder à l'exclusion de l'autre.

Ce principe est prévu par l'article 874 du Code civil persan.

*La doctrine.* — *Les points discutés.* — Il n'existe que deux points sur lesquels la doctrine chiite est unanime sur cette matière :

1° Le principe de l'ouverture de succession réciproque entre les comourants, dans les deux cas seuls de naufrage et d'éboulement.

2° L'ouverture de la succession réciproque au seul cas de mort simultanée accidentelle. Si, au contraire, la mort simultanée est naturelle, ce sont les règles générales qui sont applicables.

En dehors de ces deux points, les avis sont très partagés. L'article 350 du Livre VII de Querry (1) nous dit : « Les légistes ne sont pas d'accord sur l'application de l'hérédité réciproque aux personnes périssant ensemble dans un accident autre qu'un naufrage ou un éboulement. L'auteur de *Nehâyat* se prononce pour l'affirmative dans tous les cas de décès accidentel simultané. »

L'un des points le plus discuté est la question de savoir, en cas d'ouverture de la succession réciproque, la part duquel des deux comourants sera prélevée la première sur le patrimoine de l'autre.

L'intérêt de la discussion est au moment où les deux quotes-parts successorales sont quantitativement différentes. Suivant que l'on commence à prélever la quote-part plus forte ou plus

---

(1) Querry, t. II, p. 371.

faible sur les deux patrimoines respectifs, on peut avantager ou désavantager certains héritiers aux dépens des autres. Mais l'intérêt est tellement faible qu'il ne mérite pas tant de discussion.

L'opinion qui a prévalu, enseigne en substance qu'on doit supposer, en principe, le prédécès du parent auquel la part la plus forte est assignée. Nous disons, *en principe* pour mettre en relief l'idée selon laquelle le principe de la priorité de l'hérédité la plus faible ne comporte pas une nécessité rigoureuse, car « l'admission de ce principe, dit Mohaqeq (1), est arbitraire ».

D'où vient cette discussion qui, comme nous l'avons dit, n'a pas d'utilité pratique énorme. Elle vient d'une particularité grammaticale et lexicologique. Il s'agit de deux mots employés dans deux traditions remontant l'une et l'autre à Iman Bâqer et Djafar Sâdiq. Ces deux mots sont en arabe deux conjonctions dont la première implique l'état successif de deux choses qui se suivent, et le second joint ces deux choses sans aucune idée d'ordre et de préférence. Le premier est « Soum'ma » qui veut dire « en suite » et le second est « va » qui veut dire tout simplement « et ».

Le glossateur de Charayé nous rapporte qu'à l'occasion d'une affaire soumise à la décision de l'un des deux Imans au sujet de la succession d'une maison, ouverte à la foi au profit de la femme et du mari, il a été décidé que : « la femme succède au mari ; *ensuite* le mari succède à la femme. » On voit donc que dans ce jugement on a attribué d'abord la part successorale de celui des deux héritiers qui avait la part la plus faible, et ensuite, seulement, celle de l'héritier qui avait la part la plus forte.

La même tradition a été rapportée par Abéïd ibn Zurârat. Et comme le mot arabe employé dans les termes de jugement implique l'ordre de préférence, c'est pourquoi que certains juristes dont Cheikh Toussi, préfèrent l'ordre sans l'ériger toutefois en une règle rigide.

Une autre tradition rapportée par Ala ibn Razin, qui la rapporte lui-même de Mohamad ibn Muslim, est dans le sens suivant : Muslim a entendu l'Iman Bâqer prononcer le jugement qui suit : « La femme succède au mari, et le mari succède à la

---

(1) Voir article 359 *in fine* de Querry, t. II, p. 372.

femme. » Certains juristes disent que, comme la conjonction « et » employée dans le jugement n'implique pas l'ordre et la préférence, mais simplement la réunion de deux parties d'une phrase, la supposition de prédécès est indifféremment égale pour l'un et l'autre des deux comourants.

Les adversaires répliquent qu'entre l'idée de l'union et de l'ordre il n'y a aucun contraste. On doit donc admettre l'idée de préférence sans cependant la consacrer en dogme.

Ces discussions sont rapportées par l'article 352 de Querry (1) de la façon suivante : « Les légistes ne sont pas d'accord pour « déclarer la légalité absolue de la priorité de l'hérédité du plus « éloigné sur celle du plus proche en cas de décès simultané. Le « Cheikh Toussi dit, dans le Idjaz, que ce principe n'est pas « absolu, et dans le Mebsout, il ne se prononce pas et se con- « tente de déclarer que l'on doit s'en rapporter aux précédents. « D'après le Cheikh Mofid il semble qu'on doive se prononcer « pour l'affirmative. Cependant, l'opinion précitée du Idjaz « paraît plus raisonnable, l'admission du principe absolu de la « priorité de l'hérédité du plus éloigné étant arbitraire. »

Nous n'entrerons pas dans le détail d'autres discussions byzantines sur la matière qui nous occupe en ce moment.

Le Code civil persan en adoptant les principes unanimement admis en droit chiite dans la théorie des commorientes a simplifié convenablement la matière, d'abord en restreignant l'idée de la succession réciproque aux seules hypothèses où l'unanimité doctrinale était acquise, et ensuite en proscrivant les présomptions légales en cas de morts simultanées.

Sur la première partie le Code civil persan ressemble, sauf les deux exceptions, aux législations récentes étrangères, et sur la seconde partie, il a évité les critiques adressées à juste titre au système du Code civil napoléonien.

## § 2. — *Indignité*

Le Code civil persan déclare indigne, et écarte de la succession trois catégories de successeurs :

- 1° le meurtrier ;
- 2° l'enfant qui est l'objet d'une malédiction ;
- 3° l'enfant né d'un rapport illégitime.

---

(1) Querry, t. II, livre VII, p. 372, art. 352.

Nous avons déjà traité des deux derniers chefs d'indignité. Nous soulignons ici en passant, l'état trop injuste et inhumain de la législation sur ces deux causes d'indignité. Dans tous les deux cas elle fait tomber sur l'enfant innocent tout le fardeau des actions immorales des parents.

Nous ne traitons ici que du meurtre.

*Le meurtre.* — Nous connaissons déjà la législation française sur cette matière. L'article 727 du Code civil français exclut de la succession pour cause d'indignité trois catégories de personnes.

1° Condamné à cause de meurtre ou de tentative de meurtre sur la personne du défunt.

2° Condamné à cause d'une accusation calomnieuse portée contre le *de cujus*.

3° Complice par réticence.

Par contre le Code civil persan dans son article 880 semble ne retenir que le premier chef d'indignité. Cet article nous dit :

« Le meurtre est une cause d'exclusion de la succession. Ainsi  
« celui qui a porté intentionnellement la mort sur la personne  
« de celui à qui il succède, est exclu de la succession, soit  
« qu'il ait agi en auteur ou en complice, soit qu'il ait accompli  
« l'acte indirectement ou avec le concours d'un intermédiaire. »

La partie finale de cet article a besoin d'être éclaircie.

Quelqu'un pousse un individu dans le vide.

L'acte en lui-même n'est pas mortel, mais cet acte est la cause de la chute qui a produit la mort.

Ou bien quelqu'un a poussé un individu dans un puits. Cet acte bien que ne devant pas entraîner forcément la mort, a causé, néanmoins la noyade de la victime. Dans ces deux cas, si toutefois l'intention de l'auteur est démontrée, le meurtre, bien qu'il n'ait pas été accompli directement, comporte pourtant l'indignité, et, en conséquence, l'exclusion du meurtrier de la succession.

Que veux donc dire au juste l'article 880 ?

Il veut dire tout simplement que l'homicide volontaire est cause d'indignité successorale, sauf dans trois cas exprimés explicitement dans l'article 881. Suivant ce dernier article, le meurtre ne peut pas être une cause d'éviction successorale :



- 1° s'il n'y a pas l'intention ;
- 2° s'il y a légitime défense ;
- 3° s'il y a ordre de la loi.

Mais faut-il pour cela une condamnation, ou bien le fait du meurtre intentionnel, comporte-t-il à lui seul la déchéance successorale ? En droit français lorsqu'on déclare que le coupable doit être condamné pour qu'il soit déclaré exclu, c'est parce que le texte de la loi est précis sur ce point. L'article 727, 1°, exige, en effet, la condamnation du coupable.

Rien de pareil dans l'article 880 du Code civil persan.

Mais dans cet article, il y a tout de même l'élément d'intention qui est souligné ; et quoique « le diable lui-même ne peut connaître l'intention », comme disent les anglais, il faut que la justice intervienne pour dégager l'obscurité des faits dans laquelle les crimes et les meurtres sont habituellement plongés.

Il faut donc l'intervention d'un jugement.

Mais il ne faut pas confondre le jugement de condamnation — celui que nous discutons maintenant — avec le jugement déclaratif d'indignité. En effet, certains prétendent que pour appliquer l'exclusion héréditaire, il faut un jugement spécial prononçant particulièrement l'indignité. Il semble plus raisonnable de dire que l'indignité, « étant une qualité incompatible avec celle d'héritier, est encourue de *plein droit* par le successible qui a commis les actes auxquels elle est attachée » (1).

Donc, si la culpabilité de l'acte criminel est démontrée, un nouveau jugement déclarant l'indignité successorale n'est pas nécessaire.

En ce qui concerne le jugement de culpabilité, nous admettons, en droit persan, les mêmes conséquences qui en découlent habituellement en droit français si le jugement n'a pas encore acquis l'autorité de la chose jugée.

La prescription de l'action publique, la mort de l'accusé avant l'intervention du jugement, la condamnation par coutumace, sont autant de raisons de caducité du jugement ou d'impossibilité de poursuite. D'autre part, il n'y a pas de crime et par conséquent d'exclusion héréditaire si l'homicide est involontaire, c'est-à-dire, par imprudence ou s'il y a l'ordre formel

(1) Colin et Capitant, *op. cit.*, t. III, p. 444.

de la loi, ou enfin, s'il y a légitime défense. Tous ces cas sont d'ailleurs prévus par l'art. 881 du Code civil. Par contre, il n'est pas nécessaire que l'héritier soit l'auteur principal du crime ; qu'il soit l'auteur ou le complice, qu'il accomplisse le crime directement ou indirectement, il tombe sous le coup de l'article 880. De même la grâce, l'amnistie, la réhabilitation, le pardon de la victime, les circonstances atténuantes du jugement ne peuvent en aucune façon changer l'aspect de la question : l'exclusion s'applique.

*La portée de l'article 881.* — Une question plus ardue est la suivante : comment faut-il envisager l'énumération de l'article 881. Cette énumération est-elle limitative ou énonciative ?

En effet, si la loi était restée muette, aucun doute ne saurait intervenir. Nous nous trouverions alors en face de l'application du droit commun.

Le Code pénal persan, en dehors des cas prévus par le Code civil, prévoit en matière d'homicide, d'autres cas qui, malgré la perpétration du crime, ne sont pas qualifiés comme actes criminels.

Tel, par exemple, l'homicide commis par un mineur, ou un fou, ou bien l'homicide commis par un fonctionnaire à l'occasion de ses fonctions et en vue d'exécuter un ordre légal. Le gendarme qui tire sur un évadé commettant des crimes sur son passage, ne commet pas un meurtre, même s'il agit intentionnellement, à condition que cet acte soit nécessaire à l'exécution des commandements de la loi, et qu'il n'y ait pas d'autre moyen pour mettre le criminel hors d'état de nuire.

Dans les deux premiers cas, c'est-à-dire chez le mineur et le fou, il n'y a même pas de crime puisqu'il n'y a pas de discernement. Dans le troisième cas, c'est-à-dire chez l'exécuteur de la loi, il y a tous les éléments du crime, mais pourtant le Code pénal ne frappe pas l'auteur d'une pénalité.

Mais que faire en matière de succession. Faut-il admettre pour l'exclusion héréditaire le même critérium que celui admis par le Code pénal en matière de peines. Faut-il rejeter l'exclusion chaque fois qu'un crime, en sens pénal du mot, fait défaut, et l'admettre chaque fois que le crime existe au point de vue pénal. En d'autres termes, faut-il étendre les dispositions du Code pénal au Code civil ?

L'auteur du traité du droit civil persan (1) faisant allusion, dans son ouvrage, à cette matière, nous déclare qu'un tel meurtre bien qu'il ne comporte pas la sanction pénale, n'en est pas moins pour cela une cause d'exclusion. Voici d'ailleurs la traduction *in extenso* du passage : « ...En ce qui concerne le fonctionnaire commettant un meurtre nécessaire à l'exécution de la loi, la question n'est pas sans entraîner de difficultés. On peut prétendre, qu'en principe, seul le meurtre qui est considéré comme crime par la loi entraîne l'exclusion héréditaire. Or, la loi pénale ne considère pas le meurtre commis par un tel fonctionnaire comme crime, et n'inflige pas au commettant une peine. L'exclusion héréditaire étant une peine, ne peut pas frapper la personne qui n'est pas reconnue coupable par la loi. En revanche, poursuit l'auteur, on peut dire au contraire qu'il n'y a aucune corrélation entre le meurtre pénal et le meurtre en tant que chef de l'exclusion héréditaire. La preuve en est que l'homicide involontaire est un crime (au sens large du mot, évidemment), mais son auteur n'est pourtant pas exclu, selon le texte même de l'article 881 de prendre part à l'héritage. Donc, dire que le fonctionnaire qui, en commettant un meurtre dont l'exécution devient nécessaire pour obéir à la loi, reste à l'abri de l'exclusion héréditaire puisque la loi pénale ne le punit pas, est une allégation inadmissible.

« Tout au contraire, l'esprit des articles 880 et 881 du Code civil donne lieu à penser que le meurtrier en cause est exclu de la succession, puisque suivant ces deux articles, le meurtre intentionnel empêche la dévolution héréditaire, sauf le cas d'un ordre légal et celui de légitime défense. Or, d'une part, il n'y a aucun doute sur l'existence de l'intention chez l'auteur du meurtre, et, d'autre part, cet auteur n'est pas inclus dans les exceptions prévues par la loi. Il n'y a, dès lors aucun empêchement à l'exclusion héréditaire du meurtrier. »

Ce raisonnement éveille plusieurs objections. La partie finale du passage nous dit que le cas de l'agent public n'entre pas dans l'énumération des exceptions légales prévues par la loi. Evidemment, si l'article 881 était un article dont le contenu était limitatif, cette objection pourrait être fondée. Mais il n'en est pas ainsi, puisque nous voyons le cas d'un mineur ou d'un

---

(1) Adl, *Traité du droit civil persan*, Téhéran, 1308, pp. 511-512.

aliéné qui, commettant un crime ne sont cependant pas exclus de la succession. Etant donné la portée énonciative de l'article 881, qui, en énumérant certains cas, n'a pas épuisé néanmoins la liste des auteurs de crimes non exclus de la succession, il ne nous reste pas de raison plausible pour appliquer, toutes les conditions étant égales, l'indulgence légale à certains délinquants, et la refuser à certains autres.

On pourrait peut être prétendre que pour l'enfant et l'aliéné il n'y a pas de discernement, et partant pas de crime. Leur cas est par conséquent différent d'un auteur de crime chez qui le discernement et l'intention ne font objet d'aucun doute. Mais une telle objection est inopérante puisque nous parlons ici de l'étendue de l'article 881, et non pas de la règle du fond de chacune des causes en vertu desquelles l'indulgence légale est intervenue. Or, à ce point de vue, il est toujours exact de dire que l'article 881 est énonciatif et non pas limitatif.

D'autre part, l'auteur dans son raisonnement semble avoir pensé que l'exclusion de la succession est une sorte de pénalité.

Tout en réservant les objections que peuvent soulever une telle proposition (l'exclusion héréditaire n'est pas une peine proprement dite, mais une déchéance civile) (1), si même, nous inclinons dans le sens de l'idée de l'auteur, une grave objection apparaît contre l'ensemble de sa thèse. En somme, en matière pénale, il n'y a de peine que s'il existe un texte. Dès lors, infliger la peine de l'exclusion héréditaire, à l'encontre de l'auteur d'un acte non reconnu expressément coupable par la loi pénale est inadmissible. Ce serait frapper une personne d'une peine, non pas en vertu d'un texte légal, mais par raisonnement à *contrario* en déclarant coupables tous ceux qui restent en dehors du cadre du texte en question.

Donc, s'il est vrai que l'exclusion héréditaire est une peine non civile mais pénale, il est très difficile d'étendre son application à ceux qui n'ont pas été reconnus pénalement coupables.

Une plus grande difficulté réside dans l'impossibilité d'une distinction rationnelle entre le cas de l'article 880, 2°, qui rejette l'exclusion héréditaire au cas où il y a un commandement légal (tel le métier de bourreau, par exemple), et le cas où un agent public, à cause de sa fonction et pour l'exécution de

---

(1) Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. III, p. 444.



la loi, a commis un meurtre. Evidemment, il faut toujours penser (d'ailleurs comme le texte du Code pénal l'indique clairement) que le meurtre commis à l'occasion de l'accomplissement de la fonction était nécessaire pour l'exécution du commandement légal.

Une telle distinction est franchement difficile et on a toutes les peines du monde pour rejeter l'exclusion héréditaire dans le premier cas et l'admettre dans le second.

Rationnellement, entre le cas où l'homicide est directement commandé par la loi, et le cas où le crime est perpétré par un fonctionnaire à l'occasion de ses fonctions et en vertu d'un commandement légal, il n'y a pas de différence.

On ne peut prétendre qu'entre ces deux cas la différence consiste en ce que dans le premier cas l'auteur de l'acte est un instrument d'exécution, tandis que dans le second il en a l'initiative. Ce doute disparaît, si nous nous référons au texte même de la loi qui dit : « si la perpétration du crime est inévitable » pour l'accomplissement de la fonction. » Sur ce point, la loi elle-même n'a pas admis de distinction entre le commandement direct et le crime commis à l'occasion d'une fonction. Elle les cite dans la texture du même texte et les soumet aux mêmes dispositions.

Dès lors, il est arbitraire de dire que ces deux auteurs qui n'ont agi qu'en vertu de leurs fonctions (fonctions évidemment ingrates) doivent être traités différemment.

Après cette analyse, il faut chercher un critérium qui, tout en respectant l'esprit du législateur permette, en même temps, de voir quels sont les héritiers qui, en dehors des cas prévus par l'article 881 du Code civil, succèdent malgré leur crime d'homicide.

Nous convenons avec l'auteur du traité précité, qu'on ne peut pas prendre comme base de critérium, la criminalité de l'acte. On ne peut pas dire que l'auteur du crime est appelé à la succession toutes les fois que l'acte n'est pas considéré comme criminel par le Code pénal. Car, comme le dit l'auteur, l'homicide involontaire est reconnu comme criminel sans qu'il frappe pourtant son auteur d'une interdiction successorale.

Mais, une fois ce point admis, il faut s'entendre sur le sens qu'on est prêt à donner à cette proposition. Lorsque nous disions que le meurtre et l'exclusion héréditaire ne peuvent pas se servir

réciroquement de base, nous voulions dire que l'un n'entraîne pas l'existence de l'autre nécessairement, l'un n'est pas la cause déterminante de l'autre.

Car nous constatons qu'il y a des cas où il existe un meurtre pénal, sans qu'il y ait une exclusion héréditaire. Par contre, des cas d'exclusion existent sans que la perpétration du crime soit nécessaire. Mais, d'autre part, dès que la loi commande une exclusion héréditaire, à cause du meurtre commis par le successeur sur la personne de la victime, il faut nécessairement la réunion des conditions prévues par la loi pour que le fait incriminé prenne légalement existence.

### *Effets de l'indignité*

I. — *A l'égard des cohéritiers.* — A l'égard des cohéritiers l'indigne est écarté de toute participation à la succession. Ses cohéritiers ou les héritiers subséquents profiteront donc de la part de l'exclu.

Si l'indigne a déjà touché sa part successorale avant l'intervention du jugement de condamnation, étant donné que le jugement a un effet rétroactif, l'indigne doit restituer les biens qu'il a reçus à titre de succession. Mais quel parti faut-il prendre pour les dégradations que l'indigne a fait subir aux biens successoraux et aussi pour les fruits qu'il a pu recueillir. La loi est muette sur cette matière, mais il semble que l'indigne doit être considéré comme n'ayant jamais été héritier, et par conséquent, rendre non seulement les biens mais aussi les fruits et les revenus de ces biens depuis le jour de l'ouverture de la succession, et non pas à partir de la sommation. L'indignité successorale étant une déchéance héréditaire, doit produire ses effets au point de vue successoral du jour de l'ouverture de la succession. L'indigne doit être considéré comme possesseur de mauvaise foi.

En revanche, l'indignité successorale n'ayant aucun effet sur les actes juridiques passés avant la déchéance en dehors du cadre de la succession, l'indigne continuera à bénéficier de ces actes. Il gardera par devers lui les libéralités à lui reconnues par le défunt. Ces libéralités n'étant pas incompatibles avec la déchéance successorale seront maintenues. En effet, l'article 880 du Code civil parle de la succession et non pas des libéralités. La déchéance étant de droit étroit ne doit pas étendre ses effets en dehors des points expressément visés par la loi.

De même, si l'indigne a des créances envers l'héritage, il semble bien qu'il doit être désintéressé comme tous les autres créanciers de la masse, avant le partage de la succession (article 869 Code civil).

Mais que faire si l'indigne est au contraire débiteur de la succession. Le règlement des dettes et des créances successorales n'étant pas résolu en détail par le Code civil (ce qui constitue une carence) il y a lieu de penser que suivant les règles générales du droit islamique, la dette de l'indigne sera partagée également entre tous les héritiers chacun au prorata de sa part (1).

Le résultat est évidemment fâcheux. D'une part, le principe de la compensation étant rejeté, et dès lors, même s'il ne s'agissait pas d'un indigne mais d'un héritier ordinaire, il ne pourrait pas être question de la remise de part en moins prenant ; et, d'autre part, le principe du paiement des dettes du défunt avant tout acte de partage, étant de règle, il est évident, qu'en principe, la créance de l'indigne (ou de tout autre héritier envers la succession) doit être primordialement payée en totalité, en ensuite sa dette envers la masse doit être partagée à titre de créance entre les héritiers de la succession.

Nous étudierons ce point à l'occasion de la formation de la masse successorale.

## II. — A l'égard des tiers

Avant l'ouverture de la succession, l'héritier ne peut, cela va de soi, disposer par un acte quelconque des biens successoraux. Mais après l'ouverture de la succession que faut-il décider ? Après l'ouverture et avant le partage pendant la durée de l'indivision, l'héritier pourra-t-il disposer de sa part indivise par un acte juridique quelconque, vente, hypothèque, donation, etc... ?

D'autre part, si ces actes juridiques sont valables lorsqu'il s'agit d'un héritier ordinaire, que faut-il décider de l'indigne qui, par le fait même de son indignité, perd rétroactivement ses droits de successeurs ? Si les actes accomplis par l'indigne sont entachés de nullité, ce seront les tiers acquéreurs de bonne foi qui en supporteront les conséquences. Ceux-ci n'étaient pas en

---

(1) Voir Sautayra et Cherbonneau, *op. cit.*, t. II, n° 671.

mesure de se préserver contre la déchéance éventuelle de leur contractant.

En ce qui concerne le premier point de la question, c'est-à-dire la possibilité de disposer des biens indivis, nous disons brièvement à cet endroit (nous réservant de revenir sur le détail à leur place) que l'opinion des juristes est différente sur ce point. L'inexistence de texte ajoute au surplus aux difficultés primordiales.

Selon une opinion, l'acte de vente ou de transaction est valable pour l'héritier indivis. Celui-ci peut sortir de l'indivision, céder, vendre, hypothéquer, transiger sa quote-part. Il ne peut pas, sous prétexte de lésion, révoquer l'acte par lui passé, ou provoquer le partage. L'indivision subsiste malgré tout, jusqu'au moment du partage.

Suivant une autre opinion, la part indivise n'étant pas distincte, ne peut pas être l'objet d'une transaction quelconque puisque, pour cela, il faut que la propriété de la chose soit acquise avant la passation de l'acte. Autrement l'acte aurait pour objet la propriété d'autrui.

On peut concilier ces deux points extrêmes, et dire que la transaction serait possible dans la mesure où elle ne porterait pas atteinte aux droits des autres cohéritiers. Pour cela, il faut attendre le résultat du partage, et arranger les choses au mieux des intérêts des cohéritiers et des tiers acquéreurs.

C'est l'esprit du système du droit français, et il est facile de l'appliquer au système du droit persan. Nous reviendrons d'ailleurs sur ce point.

Mais en ce qui concerne l'indigne et les actes qu'il a passé avec des tiers de bonne foi sur les biens héréditaires, chronologiquement, on peut imaginer deux phases :

- 1° L'acte de disposition est passé pendant l'indivision ;
- 2° Il est passé après le partage.

Dans l'un et dans l'autre cas, l'indignité effacera rétroactivement la trace de successibilité. Mais il serait excessif de faire supporter toutes les conséquences de l'indignité par les tiers acquéreurs de bonne foi, étant donné qu'ils ne sont pas en mesure de reconnaître la qualité d'un héritier apparent. Il est juste, dès lors, de traiter avec eux de la même façon, qu'on traite avec les



contractants d'un héritier apparent, et valider les actes accomplis par l'héritier indigne sur les biens héréditaires au profit des tiers de bonne foi.

### III. — *A l'égard des enfants de l'indigne*

L'article 885 du Code civil persan nous dit : « Les enfants et « les proches de ceux qui sont exclus par l'article 880, ne sont « pas privés de la succession... » L'article 880 parle du meurtrier. Donc, suivant l'article 885, les descendants du meurtrier ne sont pas frappés de l'exclusion, et l'indignité de leur auteur ne leur cause pas de préjudice. En effet, l'indignité étant une déchéance civile ne doit frapper d'autres personnes que l'indigne.

En droit français, au contraire, nous savons que, suivant l'interprétation de l'article 730 du Code civil, le résultat de la déchéance successorale incombe, dans une certaine mesure, aux héritiers. Donc, quant au fond, il y a une divergence entre les deux législations. Mais le point intéressant, c'est que malgré cela les deux systèmes législatifs se rapprochent finalement. Ce rapprochement est la conséquence de l'inexistence en droit persan du principe de la représentation.

Nous savons, en effet, qu'en droit français, suivant l'interprétation du texte de l'article 730 du Code civil, on est arrivé à écarter les héritiers de l'indigne, chaque fois que ceux-ci viennent à la succession par représentation. Au contraire, chaque fois que les héritiers de l'indigne viennent à la succession de leur chef, ils prennent part au partage.

Or, c'est justement ce qui résulte du système successoral du droit persan. Dans ce système, d'une part la représentation fait défaut, et d'autre part, l'accession à la succession est possible lorsque l'héritier de l'indigne vient à la succession de son chef (et cela en vertu de l'article 885). Le résultat final est la parfaite concordance des deux législations sur ce point. Cela ne veut pas dire que la solution soit bonne, et que l'on doive s'en réjouir. Car, l'esprit de l'article 730 du Code civil français porte une dérogation malheureuse et peu humaine au principe de la représentation, et l'inexistence en droit persan de ce principe doit être vivement critiquée.

Quoi qu'il en soit, suivant l'article 885 du Code civil persan, si, avec les héritiers de l'indigne, il n'existe pas d'autres héritiers

plus proches, ceux-là viennent à la succession du *de cuius* en concours avec d'autres héritiers de leur rang.

Supposons donc que les petits-enfants viennent à la succession de leur grand-père en concours avec leur père indigne d'une part et le frère du *de cuius* de l'autre.

Etant, par rapport à leur grand-oncle, de degré plus proche, et appartenant ainsi à un ordre d'héritiers préférable, ils recueilleront entièrement la succession. C'est justement ce qui se passe en droit français, la seule hypothèse d'ailleurs dans laquelle les enfants d'indigne ne sont pas exclus. Ils ne sont pas exclus parce que pour succéder, ils n'ont pas « besoin d'invoquer le secours de la représentation » (1).

Au contraire, toutes les fois qu'en droit français, le recours à la représentation est inévitable, les héritiers de l'indigne sont exclus. Ils doivent supporter le poids de l'indignité de leur auteur.

Ainsi les enfants de l'indigne prédécédé ne viennent pas, en droit français, en concours avec leur oncle, concours qui leur serait accordé par représentation, si l'indignité de leur auteur ne dépassait pas la limite de la personnalité de l'indigne.

En droit persan, la même particularité existe avec cette différence que l'exclusion n'est pas la suite de la répercussion d'indignité sur la personne des héritiers de l'indigne, mais la conséquence de l'inexistence de la représentation.

#### SECTION IV. — ACQUISITION DE LA SUCCESSION

##### TITRE PREMIER

###### *La saisine*

De quelle façon la transmission héréditaire s'accomplit-elle au profit des héritiers, en droit persan ? C'est une question à laquelle on ne saurait répondre d'une façon précise. Est-ce que la saisine héréditaire existe dans la succession islamique, ou bien la propriété du patrimoine successoral est-elle acquise par la suite, et dans l'un et l'autre cas, quelle est l'origine historique, et sur quel texte légal, aujourd'hui, ces deux hypothèses peuvent-elles être basées ? Voilà toute une série de questions qu'on ne pourrait résoudre que par des suppositions.

---

(1) Colin et Capitant, *op. cit.*, t. III, p. 447.

Cependant, il y a tout un ensemble de données historiques ou juridiques qui nous font pencher en faveur de l'existence d'une saisine. Cette saisine, si elle ne ressemble pas à la saisine française, institution *sui generis* attachée selon les auteurs à la fiscalité féodale, tout au moins, contient l'une des plus importantes conséquences de la saisine française, à savoir : la transmission *ipso jure* des droits successoraux.

La nature indiscutable de la copropriété familiale de la société antéislamique et la nature des prescriptions juridiques inspirées d'un tel état de choses social, imprime à la dévolution héréditaire le cachet de la saisine.

Certains auteurs veulent même attribuer à l'héritier du droit musulman, le caractère de l'héritier nécessaire du droit romain.

M. Boulos, dans son ouvrage précité, souscrit à cette opinion. « En outre, dit-il, la saisine héréditaire s'opère de plein droit, les héritiers ne peuvent en aucune façon refuser d'accepter l'héritage de leur auteur. En d'autres termes, ils sont les héritiers nécessaires du défunt » (1).

Sur ce point, il faut s'entendre. Si on entend par héritier nécessaire, héritier qui ne peut pas être exhérodé par le défunt, il est juste de dire que l'héritier du droit musulman est un héritier nécessaire. En effet, suivant certaines doctrines, la dévolution de la part héréditaire est nécessaire, et les parties en cause ne peuvent pas changer le contenu des dispositions légales sur ce point. Si le *de cujus* a exhérodé par le testament son héritier, cet acte est nul, même si l'héritier soucieux de respecter la volonté de son auteur donne son consentement. Si l'héritier tient à faire valoir la volonté de son auteur il n'a qu'à transmettre par la suite sa part héréditaire gratuitement au légataire. Il est donc vrai en ce sens de dire que l'héritier musulman est un héritier nécessaire.

Le point que nous envisageons en ce moment c'est l'exhérodation. Il ne faut pas confondre ce point avec la disposition à titre gratuit par testament au delà de la quotité disponible. Or, sur ce point, si les dispositions testamentaires ont dépassé le tiers légal (quotité disponible en droit persan), les héritiers peuvent confirmer ces actes de dispositions par leur consentement (article 843 du Code civil).

---

(1) Voir Boulos, *op. cit.*, p. 165.

Il est, d'autre part, évident que ce n'est pas ce consentement de l'héritier qui crée le legs. Le legs repose sur la volonté du *de cuius* lui-même. La ratification ultérieure de cette volonté n'a d'autre effet que de proclamer la renonciation de l'héritier aux objets du legs. Autrement, il fallait une donation consentie par l'héritier au profit du légataire sur la partie dépassant la quotité disponible. Or, cette solution est inadmissible. Car, en droit musulman la tradition est la condition *sine qua non* de la donation. Tant que la tradition n'est pas réalisée, la donation reste contrat facultatif. Tandis que dans notre hypothèse, dès que l'héritier a donné son consentement, il se trouve obligé, à l'égard du légataire, avant même qu'une tradition ait lieu.

« Ce n'est pas en vertu d'une donation des héritiers que le légataire devient propriétaire de ce qui excède le tiers disponible, mais en vertu de la volonté du testateur lui-même, « ratifiée par ses héritiers » (1).

Quoi qu'il en soit, si nous envisageons la question de l'héritier nécessaire dans le sens que nous venons d'indiquer plus haut, c'est-à-dire dans le sens de l'interdiction légale de l'exhérédation, l'opinion de M. Boulos est juste, et on peut dire avec lui que l'héritier est nécessaire puisque les parties en cause ne peuvent pas changer les injonctions légales en matières de dévolution héréditaire.

Mais si on entend par l'hérédité nécessaire les *heredes sui romain*, avec toutes les conséquences que cela comporte, c'est là une manière de voir un peu exagérée. Jamais dans la succession islamique la saisine n'a eu l'envergure que nous constatons chez l'héritier nécessaire romain ou chez l'héritier saisi du droit français. L'héritier de la succession islamique n'a jamais cette obligation, au moins théoriquement illimitée, d'héritier romain ou français, d'acquitter les dettes successorales *ultra vires hereditatis*.

Si l'envoi en possession n'est pas nécessaire pour lui, s'il n'a pas besoin d'une investiture, il n'est pas, néanmoins, assujéti indéfiniment aux obligations successorales.

« Nous avons vu, en effet, disent MM. Sautayra et Cherbonneau (2), que tous les héritiers sont saisis de plein droit, qu'au-

---

(1) Voir Mossadegh, *Le testament en droit musulman*, Paris, 1914, p. 144.

(2) *Du statut personnel et des successions*, t. II, p. 166, n° 671,



« cun d'eux n'est assujetti à la délivrance ou à l'envoi en possession, et... nous aurons occasion de reconnaître que *lorsque le partage est effectué*, tous les héritiers sont placés sur la même ligne, qu'ils ont les mêmes droits et sont soumis aux mêmes obligations, et notamment, que chacun d'eux a qualité pour poursuivre les débiteurs de la succession au prorata de ses droits héréditaires, que chacun d'eux aussi est tenu, vis-à-vis des créanciers, au même prorata *et jusqu'à concurrence de la part et portion qui lui a été attribuée dans l'hérité* ».

La structure des deux phrases soulignées est significative. Si « le partage est effectué » les héritiers sont tenus « jusqu'à concurrence de la part et portion » héréditaires.

<sup>1</sup> Cette limitation, en droit musulman, des obligations des héritiers, n'est pas connue en droit français. L'acceptation sous bénéfice d'inventaire du droit français est une mesure contre le principe de l'obligation illimitée des dettes pour sauvegarder les héritiers de surprises inattendues. Tandis que l'immunité de l'héritier, en droit musulman, est un point incorporé dans le mécanisme même du système successoral. L'héritier de la succession islamique n'est pas, par la nature même de l'institution, chargé d'un paiement *ultra vires*.

D'autre part, il ne semble pas que l'héritier du droit musulman soit, comme l'héritier nécessaire du droit romain, obligé de conserver la succession malgré lui.

Que le principe d'« intra vires » eut pu faire disparaître l'inconvénient de l'acceptation, cela est sûr, mais qu'il rende l'acceptation inévitable, cela est très douteux. D'autant plus, que la renonciation de part héréditaire, même au profit d'un étranger, et sous quelque forme qu'elle intervienne, à titre gratuit ou autre, est communément reconnue. Pourquoi en serait-il autrement pour la renonciation pure et simple ? Serait-ce dans l'intention de ne pas laisser une succession vacante ? Serait-ce par souci de chercher toujours un maître pour la succession, même si c'est un intrus, même si c'est un étranger ? Cela ne se peut parce que dans le droit islamique la succession ne reste jamais sans maître, puisque le trésor public représenté par Cadi ou Imam est lui-même héritier.

Il semble donc plus juste de dire qu'en droit islamique, l'hérédité n'est pas nécessaire ; et, d'autre part, sans aller jusqu'à

l'adage du droit coutumier de l'ancienne France qui dit « nul n'est héritier qui ne veut », il faut admettre un rapprochement entre la saisine islamique et la saisine du droit français, sans cependant arriver à une assimilation complète.

Car si la saisine islamique entraîne, comme la saisine française, la transmission *ipso jure* à l'héritier, des droits successoraux, si l'envoi en possession n'est pas nécessaire, si, d'autre part, dès l'ouverture de la succession le titre de la possession est acquis au profit de l'héritier, même si la possession effective n'est pas encore réalisée, l'héritier dans le système musulman n'est pas cependant tenu sur ses biens personnels d'acquitter intégralement les dettes et charges de la succession.

Mais sur cette obligation d'héritier, MM. Colin et Capitant dans leur traité de droit civil nous enseignent que : « ...d'une part, « il est fort douteux, nous le verrons, que cette obligation ait sa « source dans notre institution ; elle se rattache plutôt à l'idée « de *continuation de la personne du défunt par les héritiers*.

« Et, d'un autre côté, d'après la jurisprudence, l'obligation « *ultra vires* pèse sur d'autres que les héritiers saisis, notamment sur les légataires universels ou à titre universels. »

Si cette dernière différence se dissipe, il y aura sur les points essentiels une similitude plus parfaite entre les deux systèmes juridiques.

Si nous tournons maintenant notre attention vers le côté purement juridique de la question, nous observons que dans la doctrine chiite, il existe une tentative dans le sens de la légitimation de la saisine héréditaire en droit islamique.

Le meilleur témoignage est la rédaction de l'article 868 du Code civil persan, qui laisse entrevoir, quoique encore faiblement, les traces de l'institution que nous cherchons en ce moment.

Cet article dit : « La propriété des biens héréditaires n'est « effective qu'après le paiement des dettes et charges de la succession. »

Avant ce paiement, la propriété existe en partie. Ce n'est pas la possession avec tous les éléments juridiques qu'elles comporte. C'est, au contraire, une possession limitée. Il n'y a pas le corpus ; il n'y a que l'*animus*.

L'effet le plus important que l'on tire de cet article, c'est que dès l'ouverture de la succession, la propriété des biens est automatiquement acquise aux héritiers, sans qu'il soit nécessaire d'appréhender matériellement les biens de la succession. En fait, cette détention matérielle ne s'accomplit qu'après le paiement intégral des dettes. Mais après cette détention, *les héritiers sont considérés comme ayant la qualité d'héritiers depuis l'ouverture de la succession*. C'est une conclusion grosse de conséquences sur l'effet déclaratif de partage. Nous aurons l'occasion de traiter en son temps ce sujet.

De l'article 868 il résulte donc que la possession virtuelle des biens existe au profit des héritiers, dès l'ouverture de la succession. Autrement, disent les légistes, *il faudrait concevoir une propriété sans propriétaire, ce qui est inconcevable*.

Un autre point important à souligner c'est qu'en droit français, la saisine n'existe que pour les héritiers proprement dits. Elle n'existe pas pour les successeurs irréguliers : le conjoint survivant et l'Etat. En droit islamique, cette différence est inexistante, et la saisine s'applique au profit de tous les successeurs indistinctement. « A partir du décès du *de cujus*, disent Sautayra et Cherbonneau, ceux que la loi désigne pour lui succéder sont investis de la part et portion d'héritage qui leur est attribuée. Ils n'ont pas besoin pour exercer leur droit, ni de délivrance, ni d'envoi en possession ; ils sont saisis de plein droit, comme l'indique l'article 724 de notre Code civil, avec cette différence, cependant, qu'en droit français, la saisine n'a lieu qu'au profit des héritiers légitimes, tandis que la loi musulmane ne fait aucune distinction et confère les mêmes droits aux enfants, aux collatéraux, à l'époux survivant et à l'Etat. De là la conséquence que les faits qui peuvent se produire postérieurement à l'ouverture de la succession, n'ont aucune influence sur la qualité d'héritiers ; que le successible qui changerait de religion par exemple, après le décès du *de cujus*, ne perdrait pas ses droits et que les parents qui embrasseraient, dans les mêmes circonstances, la religion musulmane, n'en acquerraient aucun » (1).

---

(1) Voir Sautayra et Cherbonneau, *op. cit.*, t. II, p. 110, n° 606.

## TITRE II

*La réserve et les héritiers réservataires*

Le Code civil persan dans le chapitre V de la succession, sous le titre de « La réserve et les héritiers réservataires », établit une série de règles ignorées par les législations étrangères et qui ne s'accordent nullement avec la théorie de la réserve, telle qu'on l'entend dans les autres législations.

Nous avons dit précédemment que les juristes qui se sont occupés de l'étude de la succession islamique, ont eu tort, d'après nous, de traduire l'institution « fard » de droit islamique, par le mot « réserve » de la législation latine (1).

C'est une très mauvaise méthode de donner à l'institution législative d'un pays, un nom pouvant s'appliquer ailleurs à une autre institution, quelque ressemblance qu'il existe en ces deux institutions.

La réserve héréditaire du droit romain et des législations issues de cette origine, a pour but de préserver les intérêts des héritiers, en interdisant l'excès des dispositions consenties par le défunt au profit de tiers étrangers. C'est une mesure prise pour déjouer les actes aboutissant à une exhérédation ou à une diminution des parts héréditaires.

La « légitime » de l'héritier romain, la réserve coutumière des descendants (appelés aussi les quatre quints) dans les pays de droit coutumier en France, ou enfin, la limitation du droit testamentaire germanique issue de l'idée de la copropriété et de la protection des biens dans la famille, tendent les uns et les autres à restreindre l'autorité du *pater familias* romain, et du *de cujus* gallo-franc et germanique.

Une telle institution existait aussi, et existe encore aujourd'hui dans les différentes législations d'origine islamique. Le *de cujus* ne peut pas exhériter impunément ses héritiers. Dans les pages suivantes nous examinerons brièvement la réserve héréditaire du droit islamique et du Code civil persan, telle qu'on la conçoit dans les législations étrangères.

---

(1) La législation anglo-saxonne ne connaît pas l'institution de la réserve. La Grande-Bretagne, les Etats-Unis d'Amérique, le Mexique et le Canada ignorent la réserve héréditaire.



Mais les dispositions du chapitre V de la succession du Code civil persan, articles 893 et suiv., ne traitent pas du tout de cette réserve. Il s'agit ici de protéger certains héritiers, non pas contre les dispositions du défunt, mais contre l'empiètement des autres héritiers. Il s'agit d'attribuer à chacun des héritiers en présence, la part qui lui est particulièrement assignée par la loi. Donc, tandis que la réserve héréditaire a pour but de préserver les intérêts des héritiers contre les exactions du *de cuius*, l'institution de la part assignée, au contraire, veut régler les rapports des héritiers entre eux et éviter l'éviction des uns par les autres.

Il faut reconnaître cependant que certains auteurs ont eu le soin de respecter la différence que nous venons de souligner, et ont traduit avec beaucoup de raison l'expression arabe « fard » par la « part assignée », et le bénéficiaire de la part assignée par « assignataire ». Mais, pour plus de facilité, ces mêmes auteurs ont admis par la suite l'expression de la « réserve héréditaire », comme synonyme de la « part assignée ». La différence établie au début entre les deux institutions, a fini par disparaître, en sorte qu'on trouve dans les traités de droit successoral musulman les deux expressions employées côte à côte.

Nous allons étudier en deux parties distinctes la réserve héréditaire et l'assignation des parts.

## PREMIERE PARTIE

### RÉSERVE HÉRÉDITAIRE

Sans entrer dans le détail de la question, il convient de rappeler qu'en droit musulman la donation entre vifs est reconnue sans aucune limite au propriétaire, de sorte que celui-ci peut, de son vivant, disposer valablement de la totalité de son patrimoine, même s'il a des héritiers. En cela, le droit islamique, exagérant la portée de l'immunité de la propriété privée ressemble à l'ancien droit coutumier français. La réserve dans la plupart de ces coutumes ne protégeait les héritiers que contre les legs et non pas contre les actes entre vifs consentis par le défunt, pendant la durée de sa vie. Il est vrai qu'en droit musulman certaines mesures sont prises contre les donations entre vifs d'un donateur, atteint d'une maladie le conduisant à la mort. Mais

à part ces limitations, qui ne sont d'ailleurs pas unanimement reconnues, les héritiers sont livrés, en réalité, à la merci des caprices de leur auteur.

Quant aux legs, il en est tout autrement. Les dispositions du testateur, en droit musulman, doivent être limitées au tiers de la succession, si le défunt a des héritiers proprement dits. La doctrine chiite n'est pas d'ailleurs unanime sur ce dernier point. Suivant l'opinion mieux inspirée, lorsque l'héritier n'est autre que le trésor public, le testateur recouvre son entière liberté, et peut disposer par testament de la totalité de son patrimoine.

Le testateur n'est donc pas indéfiniment libre de ses actions. Certes, les différentes phases parcourues par le droit romain, tendant à faire disparaître l'institution par les limitations progressives, sont inconnues en droit islamique.

L'ancien « querela inofficiosi testamenti » remplacé plus tard par le complément de la « portio debita » fixé plus tard au quart légitime, la substitution de cette dernière par de nouvelles modifications apportées par la Novella 18 de Justinien qui fixa la quotité de la légitime au tiers de la part *ab intestat* lorsqu'il existait quatre enfants, et à la moitié de cette part lorsqu'il y avait plus de quatre enfants, toutes ces évolutions graduelles qui impriment au droit romain une subtilité de l'esprit juridique, complétant, jour par jour, les dispositions grossières des anciennes périodes, sont inconnues en droit islamique, qui, d'emblée, fixe la quotité de deux tiers à titre de réserve sans que le nombre ni la proximité des héritiers influent en quoi que ce soit sur cette quotité. La loi permet donc au de cujus de disposer invariablement du tiers de ses biens au profit de qui lui plaît.

Nous voyons donc que la réserve islamique, aussi bien que la réserve du Code civil persan s'éloigne de la réserve du droit français.

Les différences sont nombreuses.

Tout d'abord, la réserve en droit français n'est accordée qu'en faveur des parents en ligne directe, c'est-à-dire des descendants et des ascendants du défunt. Ni les collatéraux ni les héritiers irréguliers ne jouissent de cette faveur.

En droit musulman, au contraire, tant qu'un héritier quelconque, aussi éloigné qu'il soit, figure dans la succession, la quotité disponible est limitée au tiers de la succession. La seule exception que nous avons rencontrée plus haut, et qui n'a, d'ail-

leurs, pas recueilli l'adhésion unanime des juristes, est le cas du trésor public.

En second lieu, la quotité de la réserve en droit français change suivant le nombre des descendants. Elle est de la moitié, si le *de cujus* ne laisse qu'un enfant, de deux tiers s'il en laisse deux, et de trois quarts s'il en laisse trois ou davantage (art. 913 Code civil français). L'article 914 décide du sort des ascendants légitimes. La réserve est de la moitié lorsqu'il y a des ascendants dans les deux lignes et du quart lorsqu'il n'y en a que dans une seule.

En législation islamique, cette réserve, comme nous le savons déjà, est toujours fixée aux deux tiers de la succession, abstraction faite du nombre et de la qualité des héritiers.

Sur ce dernier point, la réserve du Code civil persan se rapproche davantage de la réserve telle qu'elle est adoptée par le Code civil italien et portugais, avec toutefois, cette différence que dans ces deux dernières législations la quotité quoique invariable à l'intérieur de chaque ordre, et indépendamment du nombre des héritiers de cet ordre, varie au contraire en passant d'un ordre d'héritiers à un autre. Ainsi le Code civil italien déclare, par exemple (article 805 à 807), que le *de cujus* laissant des descendants ne peut pas disposer de plus de la moitié de ses biens. Au contraire, s'il ne laisse que des ascendants, il peut en disposer de deux tiers. Il en est de même dans le Code civil portugais, avec toutefois une certaine différence de calcul.

Le Code civil persan, dans son article 843, déclare au contraire que « les dispositions testamentaires au delà du tiers des « biens sont nulles, à moins qu'elles ne soient faites avec le « consentement des héritiers. Au cas où, seuls, certains d'entre « eux consentiraient, la disposition est valable à l'encontre de « ces derniers seulement ».

Evidemment, c'est un système simpliste qui ne tient pas compte des circonstances qui doivent néanmoins agir sur la quotité de la réserve.

D'une part, la réserve est excessive, même superflue, lorsqu'il s'agit des héritiers éloignés, d'autre part, elle n'est pas suffisante lorsqu'il s'agit des héritiers plus proches. La réserve du Code civil persan ne répond pas à des conceptions modernes de la réserve, basée sur l'obligation alimentaire ou l'*officium pietatis* du droit romain.

En étendant le domaine de la réserve au profit des héritiers les plus éloignés, on est tenté de penser que le droit islamique a voulu donner à la réserve héréditaire la nature de la réserve du droit coutumier français, qui était basée sur le « devoir posthume envers l'ensemble de la famille » (1).

*Caractère juridique de la réserve.* — La réserve est la partie du patrimoine du défunt qui reste entièrement soustraite à sa volonté. Celui-ci ne peut pas disposer de cette partie que la loi transmet *ab intestat* aux héritiers légaux. Il ne peut, non plus, transformer par un acte quelconque les effets normaux de cette transmission qui doit être réalisée sans entraves suivant les dispositions de la loi en matière de succession *ab intestat*.

En conséquence, l'article 837 du Code civil persan nous dit, en matière du testament : « Si le défunt, par une disposition testamentaire exclut un ou plusieurs de ses héritiers, le testament ne peut pas être considéré comme valable. »

Cet article semble limiter la non validité du testament au cas où un ou plusieurs héritiers sont exclus par le testateur ; exclusion qui, de la part du défunt, équivaut à l'augmentation de la part héréditaire d'autres héritiers. L'article 837 semble viser seulement cette éventualité.

Cependant, il n'y a pas de doute que toutes dispositions émanant du défunt et incorporées dans le testament, dispositions propres à modifier si peu que ce soit, la portée de la transmission *ab intestat*, faussent la validité du testament.

*La réserve est-elle une notion d'ordre public ?* — Ici une discussion s'élève, à savoir si l'hérédité est, comme certains juristes le prétendent, une notion d'ordre public, et en cas d'affirmative, que faut-il au juste entendre par là ?

L'hérédité serait une notion d'ordre public en ce sens que les parties en cause ne pourraient pas modifier la portée des dispositions légales en cette matière. L'attribution de l'hérédité est aussi obligatoire pour le défunt qu'inévitable pour l'héritier. Celui-là ne peut exclure l'héritier de l'héritage, et celui-ci ne peut pas non plus refuser de l'accepter. Ceci peut résulter de l'argument tiré de l'esprit de l'article 837 du Code civil persan qui déclare non valable toute exhérédation testamentaire. Cela veut dire que les héritiers eux-mêmes ne peuvent pas rati-

---

(1) Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. III, p. 704.



fier l'acte d'exhérédation et valider par leur consentement un acte qui est déclaré nul par la loi.

Cet article est important en ce qu'il modifie énormément l'application des règles générales sur ce sujet.

D'abord il faut poser l'opinion émise par l'auteur du traité du droit civil persan, commentant le sens de l'article 837 (1). L'auteur pense que l'hérédité étant d'ordre public, la part héréditaire de chaque héritier doit lui être attribuée nécessairement. Et si un des héritiers consent à exécuter le contenu du testament, lequel constitue un legs dépassant la quotité disponible, il doit accorder sa part héréditaire au légataire par un contrat à titre gratuit intervenu, en dehors du cadre du testament.

Ce n'est pas en vertu de la volonté du testateur que la transmission est réalisée, c'est au contraire en vertu d'une donation entre vifs consentie par un héritier au bénéficiaire du legs.

Avant tout il faut faire une distinction.

Il ne faut pas confondre l'exhérédation d'un héritier avec les dispositions testamentaires au delà de la quotité disponible. L'exhérédation change l'ordre normal de la successibilité établi par la législation. Cette innovation n'est pas tolérable. Tout autre est le cas des dispositions testamentaires empiétant sur la réserve héréditaire. Ici le consentement des parties intéressées peut changer l'ordre des choses. Or, l'auteur assimile ces deux cas et donne au premier aussi bien qu'au second la qualité d'ordre public.

Cette opinion prête à une discussion.

Il semble qu'une disposition testamentaire au delà de la quotité disponible au profit d'un héritier, devient valable si les autres cohéritiers donnent leur consentement, et ce n'est pas le consentement des cohéritiers qui crée l'acte de disposition, — contrairement à ce que pense l'auteur — mais c'est la volonté du défunt qui crée la disposition à titre gratuit.

En effet, si la ratification par l'héritier du contenu du testament peut être attributive de la part héréditaire, elle ne peut pas être considérée, à elle seule, comme la cause juridique de cette

---

(1) Adl, *op. cit.*, p. 477.

attribution. Cette cause prend sa source dans la volonté du défunt.

Certainement, si cette ratification n'avait pas lieu, l'attribution ne pourrait se faire. La ratification est une condition de validité de cette transmission. Mais on ne saurait dire que c'est la volonté de l'héritier qui crée l'acte juridique.

De sorte que la ratification de l'héritier a pour effet de relever de sa nullité l'acte du défunt qui serait resté, sans cette ratification, inopérant. Il semble donc que la nullité de l'acte n'est pas, comme on peut supposer, une nullité absolue, c'est au contraire une nullité qui peut être relevée par la ratification de la partie intéressée. La question s'éclaircit même, si l'on met en relief les traits de ces dispositions par une comparaison.

Prenons l'exemple d'un testateur qui a institué un ou plusieurs légataires pour une somme dépassant le tiers de son patrimoine. Nous savons très bien que dans cette hypothèse, le légataire étranger ne devient propriétaire de la partie qui dépasse le tiers qu'après la ratification des héritiers. Cette ratification ne constitue pas pourtant, de la part des héritiers, une donation à titre gratuit faite au profit du légataire. Ce n'est pas une donation parce qu'une donation, pour qu'elle lie le donateur, implique la tradition de la chose donnée. Or, ici l'héritier par le seul fait de son consentement est lié à l'égard du légataire même si la tradition n'a pas encore eu lieu.

Donc une disposition testamentaire dépassant la quotité disponible est valable lorsqu'elle est ratifiée par l'héritier et cette ratification ne change pas, d'autre part, la nature juridique de transmission, laquelle reste toujours un legs fait par le défunt et non pas une donation consentie par l'héritier.

Si une telle ratification est permise lorsqu'il s'agit d'une personne étrangère à la succession, pour quelle raison plausible ne le serait-elle pas lorsqu'il s'agit des héritiers qui sont moins dangereux qu'un intrus dans les affaires familiales.

Il semble donc plus juste de dire que la loi en édictant des règles relatives à la nullité des actes de dispositions au delà des limites légales, a pour but principal, de protéger les intérêts des héritiers. La ratification postérieure de ces dispositions testamentaires par les héritiers peut relever ces actes de la nullité dont la loi les a frappés.

Aussi bien dans le rapport des héritiers entre eux que dans leur rapport avec les tiers, il faut donner le dernier mot à l'héritier lésé et laisser le sort des dispositions testamentaires dépassant la mesure légale, à la volonté de celui ou de ceux que ces dispositions priveraient de la part que la loi leur avait attribuée. Du moment que le Code dans son article 843 permet d'instituer les tiers en légataires, pour une somme dépassant la quotité disponible, si toutefois le consentement des héritiers est acquis, pour quelle raison faudrait-il interpréter autrement le cas d'une disposition au delà de la quotité disponible au profit d'un successeur. D'autant plus que l'auteur du traité admet la transmission de la part héréditaire sous forme d'un acte à titre gratuit, consentie par les héritiers au profit de leur cohéritier légataire.

Une telle disposition ne protège pas davantage les intérêts des héritiers. Elle a en plus l'inconvénient de dénaturer l'acte originaire et d'introduire la notion de novation dans l'acte de disposition. Elle change en effet le testament en donation. Une telle disposition n'est prévue nulle part dans le Code, et ne saurait être appliquée sans difficulté.

De tout cela il résulte qu'il ne faut pas exagérer les effets du principe qui veut que la réserve soit soustraite à la volonté du défunt. Il ne faut pas aller jusqu'au point de donner à la réserve héréditaire la qualité d'ordre public. Il faut simplement déclarer l'impossibilité pour le défunt « d'imposer à ses héritiers « l'observation d'une clause qui viendrait, dans une mesure « quelconque, altérer les effets normaux de l'acquisition *ab intestat* réalisée par eux » (1).

*Par qui doit être intentée l'action en réduction.* — La négation de la qualité d'ordre public nous amène à une autre conséquence qui a trait à la demande de réduction par les héritiers réservataires *seulement*.

Seuls ceux-ci, ayant intérêt, peuvent intenter une action en réduction. Dès lors, ni les légataires, ni les créanciers de la succession ne peuvent, faute d'intérêt, intenter une telle action. En revanche, il semble que les créanciers personnels des héritiers ainsi que les autres ayants droit tel, par exemple, le cessionnaire de la part héréditaire, ont intérêt à exercer une telle action

---

(1) Colin et Capitant, *op. cit.*, t. III, p. 709.

pour préserver l'intégralité de la part héréditaire de leur débiteur.

La réduction frappe tous les legs proportionnellement et les réduit jusqu'à la mesure de la quotité disponible.

*La réserve est-elle inséparable de l'acceptation de la succession ou sera-t-elle respectée même au cas de renonciation ?* — En d'autres termes est-elle comme la légitime romaine *pars honorum* ou *pars hereditatis* ?

Pour ceux qui croient à l'obligation de l'acceptation de l'hérédité, la question est résolue d'avance. L'acceptation étant obligatoire, la réserve devient « *pars honorum* ». Elle se rattache à la qualité de parent et non pas à celle d'héritier.

Par contre, si l'on admet le caractère facultatif de l'acceptation de l'hérédité, la réserve sera attachée à la qualité d'héritier. Si l'héritier renonce à la succession, il n'y a pas lieu de ramener les dispositions testamentaires à la limite de la quotité disponible. D'autant plus que la loi islamique, contrairement à la loi romaine, à l'ancien droit coutumier français, et à d'autres législations acceptant la réserve, n'admet qu'une seule et unique quotité.

Ce dernier point diminue beaucoup l'intérêt de la question puisque le problème se trouve résumé dans un dilemme : ou bien quel qu'un d'entre les héritiers n'a pas renoncé, ou bien il n'y a pas d'héritier, du moins d'héritier acceptant. Dans le premier cas, les dispositions testamentaires seront réduites jusqu'à la limite de la quotité disponible sans prendre en considération le degré, l'ordre et le nombre d'héritiers acceptants. Dans le second cas, il n'y a pas lieu de distinguer la réserve de la quotité disponible.

Dans les législations qui, en matière de réserve, sont plus détaillées, les choses se passent autrement. Le nombre des renonçants ou des acceptants, l'ordre auquel ils appartiennent, la nature de leur parenté, suivant qu'il s'agit des héritiers ou des successeurs irréguliers, ou bien des parents naturels ou des parents légitimes, sont autant de facteurs qui changent en même temps la nature et la quotité de la réserve, et qui peuvent faire disparaître la réserve ou lui donner naissance, ou faire augmenter, diminuer ou même annihiler son étendue.



## DEUXIEME PARTIE

## LA PART ASSIGNÉE ET LES ASSIGNATAIRES

§ 1<sup>er</sup>. — *Origine historique*

« Fard » ou « part assignée » c'est la portion des biens successoraux composant la part des héritiers assignataires. Les héritiers assignataires sont ceux qui ont droit à une portion établie à la suite des prescriptions coraniques.

C'est le chapitre IV du Coran, Sourat « Les femmes » qui contient d'une façon succincte les textes sur la matière.

Six versets de premier ordre et quelques autres d'importance secondaire dudit chapitre envisagent le cas des descendants, des descendantes et des père et mère (verset 12) ; époux et épouse (versets 13 et 14) ; des frères et sœurs (utérins) (verset 15) ; des frères et sœurs germains ou consanguins (verset 175) ; de la pupille (versets 2, 4, 5, 6, 7, 10 et 11) ; et enfin de la participation de la femme aux successions (versets 8 et 126).

Les différents sourats du chapitre IV relatifs à la succession sont formulés par le réformateur arabe à différentes époques, à l'occasion de certains faits importants dans l'histoire de l'Islam (1). Ces décisions éparses et fragmentaires furent réunies plus tard dans un corps unique. C'est sous le Calife Othman que le travail de rédaction fut entrepris et l'ensemble de la législation successorale forma un corps unique dans le livre saint. Le chapitre IV du Coran constitua ainsi l'ossature du Code de la succession islamique. Cette législation était évidemment rudimentaire. La société préislamique éliminait la femme du sein de la société (2) ; elle donnait, à la suite de l'état de guerre sporadique, la force de la raison au sexe masculin ; elle créait d'autre part un lien d'alliance artificiel entre les cojurateurs (3). Le droit successoral d'avant l'Islam était réduit de cette façon à sa plus simple expression. Il évinçait les plus faibles au profit des plus forts (4). Le réformateur arabe eût une tâche ardue pour

---

(1) Voir Marcais, *op. cit.*, pp. 4, 10, 14.

(2) Voir Marcais, *op. cit.*, p. 8 et ss.

(3) *Ibid.*, pp. 6-7, 27-28.

(4) Pour l'incapacité successorale des femmes et des enfants, v. Marcais, pp. 12 ss.

combattre ces usages séculaires. Nous le voyons à mesure qu'il se considère plus fort dans sa situation sociale, prendre des mesures plus radicales pour frapper les injustices qui étaient jusque-là d'usage courant.

Dans une société où la capacité successorale se rattache à la qualité du combattant ou à la vengeance des injures, dans une société où le but final est la défense de tribus ou le partage du butin, qu'est-ce que la femme, sinon « une bouche de plus à nourrir ».

Alors la volonté divine sous forme de versets coraniques se fait entendre et par l'intermédiaire du prophète Dieu combat ces rudes traitements à l'égard des femmes et menace des plus sévères châtiments ceux qui lui désobéissent.

De là l'institution de « fard » qui veut dire la part assignée décrétée par Dieu. Ceux qui étaient autrefois évincés, qu'il s'agisse des femmes ou des parents mâles éloignés, se voient participer à la succession pour une part fixe qui est préalablement indiquée. En face de ces héritiers fards, il y a les anciens héritiers asibs qui, autrefois, avaient seuls la qualité héréditaire, et qui, plus tard, n'auront droit à l'universalité des biens successoraux qu'après le prélèvement des parts assignées.

Inspiré par les coutumes déjà existantes à la Mecque — ville qui, étant en relations commerciales avec des centres des civilisations diverses, sera beaucoup plus avancée par rapport aux autres cités nomades et guerrières de la péninsule — le prophète pourra faire entrer dans la liste des successeurs les frères et sœurs utérines (1) ainsi que certaines autres parentes par les femmes, connues dans le langage juridique sous le nom de « dhoul-arhâm » « gens de matrice » (2).

Quoiqu'il en soit, il paraît de prime abord que la classe d'héritiers fards soit uniquement composée des femmes, et celle d'asibs composée des mâles. En principe, cela est juste.

Mais en fait, la qualité d'asib, qui consiste en la possibilité d'hériter de l'universalité des biens ou du reliquat après le prélèvement des parts assignées, n'est pas réservée exclusivement aux parents mâles par les mâles. Les femmes aussi peuvent quel-

---

(1) *Pour l'historique du droit successoral des utérins dans les coutumes de la Mecque*, voir Marçais, pp. 38 ss.

(2) *Ibid.*, pp. 45-46.

quefois hériter en qualité d'asib. Le développement immense qu'a connu plus tard la « science de faraïd » c'est-à-dire la succession islamique, compliqua énormément les quelques principes ébauchés au début par le réformateur.

Retenons donc, de ce qui précède la chose suivante : les « fards » ou les parts assignées sont les portions du patrimoine réservé au prélèvement des parts héréditaires des héritiers appelés « daou-al-foroud » c'est-à-dire assignataires.

## § 2. — *La quotité des parts assignées*

Le livre saint établit 6 fards ; la moitié, le quart, le huitième, les deux tiers, le tiers, le sixième.

La moitié c'est la part de l'époux lorsque le *de cujus* n'a pas d'enfant. C'est aussi la part de la fille unique ou de la sœur unique germaine ou consanguine.

Le quart est la part de l'époux lorsqu'il y a des enfants ou des petits-enfants, et la part de la femme lorsqu'il n'y en a pas.

Nous avons rencontré ce cas à l'occasion de la théorie de l'exclusion.

Le huitième c'est la part de la femme lorsqu'il y a des enfants ou leurs descendants (les enfants peuvent être du même lit ou de lits différents).

Les deux tiers sont la part de deux ou plusieurs filles, ou de deux ou plusieurs sœurs germaines ou consanguines.

Le tiers est la part de la mère lorsqu'elle n'est pas frappée d'une exclusion par la présence d'enfants ou d'auteurs descendants ou des frères du défunt. Nous avons rencontré ce cas à l'occasion de la théorie de l'exclusion. Il est aussi la part de deux ou plusieurs frères et sœurs utérins.

Le sixième est la part de chacun des père et mère lorsqu'il n'y a pas d'enfants ou leurs descendants. Il est aussi la part de la mère lorsqu'il n'y a pas d'enfants, mais que celle-ci est frappée d'une réduction de part par la présence des frères germains ou consanguins, à condition toutefois qu'elle vienne à la succession en concours avec le père. Le sixième est encore la part d'un frère ou sœur utérin indifféremment, c'est-à-dire tandis que pour les frères et sœurs germains ou con-

sanguins les règles de la dévolution héréditaire changent suivant qu'il s'agit du sexe masculin ou féminin, ici au contraire, on attribue le sixième indifféremment au frère utérin ou à la sœur utérine lorsqu'ils viennent séparément à la succession. De même si les frères et sœurs utérins viennent ensemble à la succession, le tiers qui leur est attribué leur sera partagé par tête et non suivant la règle de la double part pour le mâle.

La raison de cette anomalie c'est que la parenté masculine éclipsant dans le système successoral musulman les autres considérations, étant donné que chez les utérins la parenté mâle fait défaut, le privilège d'asib, c'est-à-dire le privilège attaché au titre de la parenté mâle ne trouve pas de terrain d'application. Le frère du côté de la mère n'est pas asib, il est considéré exactement comme la sœur utérine.

Avant l'Islam les utérins étaient exclus de la succession, partout où dans la péninsule arabe, le matriarcat avait pris fin. Mais ils avaient gardé quelque prestige dans la ville de négoce et d'opulence qu'était la Mecque, et qui se souvenait encore des vestiges de matriarcat et du lien de parenté maternelle. C'est justement cette disgrâce générale de la parenté maternelle, qui explique la part assez réduite des utérins dans la succession, part qui, en comparaison avec celle des germains ou à leur défaut des consanguins, était dérisoire et tombait quelquefois même jusqu'au sixième de la masse de la succession.

Telles sont les six quotités de la soura IV qui forment le « fard » des assignataires.

Sur ce point les deux sectes chiïtes et sunnite sont d'accord puisque la matière fait l'objet d'une prescription expresse au sujet de laquelle il n'y a pas lieu de discuter.

Mais le point sur lequel les deux sectes sont en désaccord c'est le nombre des héritiers « fards ». Plus haut, à l'occasion de l'étude de la quotité des parts assignées, nous avons aperçu brièvement le nombre des héritiers fards en droit chiïte. Nous rencontreront plus tard les différences qui existent à ce sujet entre les deux sectes.

En ce qui concerne la quotité des parts assignées hâtons-nous dès l'instant de dire que ces parts, suivant la doctrine du droit chiïte sont quelquefois incompatibles entre elles, c'est-à-dire qu'elles ne peuvent pas être réunies ensemble.



Le texte de Charayé développe en détail les cas dans lesquels les parts peuvent être réunies ensemble, et ceux dans lesquels ils ne le peuvent pas. Les glossateurs nous donnent aussi un exemple pour chaque cas. Nous ne les citerons pas car cela nous entraînerait trop loin.

Ajoutons tout au plus que les raisons de cette incompatibilité sont diverses.

Elle résulte d'abord du fait que l'ensemble des parts peut dépasser la somme totale du patrimoine. Nous connaissons déjà cette hypothèse si importante dans la doctrine chiite ; elle constitue une différence radicale entre les deux sectes.

C'est le problème de « al aol ».

C'est pourquoi les juristes chiites, nous enseignent que la moitié ne se réunit pas avec les deux tiers à cause du rejet de «<sup>1</sup> aol ». Le déficit, disent-ils, est supporté par les filles ou les sœurs. Nous connaissons déjà cette hypothèse avec tous les détails nécessaires.

Une deuxième cause d'incompatibilité vient de l'application de la théorie d'exclusion. Les juristes nous disent avec raison que le huitième ne se réunit pas avec le tiers. Le huitième est la part de la femme lorsqu'il n'y a pas d'enfant, et le tiers est la part de la mère lorsqu'il y a un enfant. Par conséquent, si l'enfant est présent, la part de l'épouse est réduite au huitième, mais alors, la mère n'aura plus droit au tiers de la succession mais bien au sixième. Par contre, si l'enfant fait défaut, les deux héritières en question ont droit au maximum des parts assignées qui leur sont reconnues par le Livre, c'est-à-dire au quart de la succession pour la femme et au tiers pour la mère. Le tiers et le huitième n'ont pu se réunir ensemble.

Enfin une troisième cause d'incompatibilité vient du caractère ambigu de la part héréditaire du père dans la succession. Le père, quoiqu'il soit essentiellement un héritier à part assignée, peut devenir éventuellement un asib et toucher ainsi le reliquat de la succession après le prélèvement des parts assignées. Alors, disent les juristes, le tiers ne se réunit pas avec le sixième tant que les héritiers bénéficiaires de ces quotes-parts viennent à la succession à titre de fard. Mais comme le père en absence des descendants du *de cujus* vient à la succession à titre d'asib, le tiers et le sixième peuvent se réunir exceptionnellement à titre de la remise du reliquat. Alors le père recevra le

sixième, non pas à titre de fard mais à titre d'asib et, de cette façon, le tiers, qui est la part héréditaire de la mère se trouvera réuni exceptionnellement avec le sixième qui est le reliquat de la succession après le prélèvement des parts de la mère et de l'époux.

Si donc nous supposons une succession ouverte au profit de l'épouse, de la mère et du père, et si la mère n'est pas frappée d'une réduction de part, l'épouse touche la moitié de la succession à titre de fard, la mère touche elle aussi à titre de fard le tiers de la succession et le père étant devenu asib touche le reliquat c'est-à-dire le sixième. Ici le sixième est réuni avec le tiers, mais à deux titres différents.

Si nous supposons maintenant la présence des frères dans la ligne collatérale, présence qui fait réduire la part maximum de la mère à la part minimum (1), alors le mari touche toujours la moitié, la mère reçoit le sixième qui est sa part minimum, et le père le reliquat, c'est-à-dire le tiers. Ici encore le sixième est réuni au tiers, mais toujours à deux titres différents.

Les développements que nous venons de donner concernent la solution du problème en droit chiite. En droit sunnite au contraire tout est décidé autrement.

Voici en quoi consiste la divergence :

Suivant les prescriptions coraniques (verset 12) la mère reçoit un sixième de la succession si le défunt a laissé des descendants ou des collatéraux privilégiés. Elle reçoit le tiers dans tous les autres cas. D'autre part il y a un autre principe connu sous le nom de principe de la double part expressément visé par les textes du Livre.

Ces deux principes se trouvent en contradiction dans deux cas connus dans la littérature juridique sunnite sous le nom « Omaryyatini » ou « Gharrouani » (2).

---

(1) Cette réduction de part exercée par les frères ne profite pas à ces derniers ; elle profite au père comme nous aurons l'occasion de l'étudier plus tard.

(2) « On les appelait Omaryyatini, dit M. Marçais, *op. cit.*, p. 106, parce qu'elles seraient venues en discussion pour la première fois devant le tribunal du calife Omar. Gharrouani, ce qui veut dire les très éclatantes ou les très décevantes, soit parce qu'elles constituent des espèces célèbres, dans la doctrine musulmane, soit parce que la mère y est déçue et n'obtient pas le tiers qu'elle pouvait espérer ».

L'un de ces cas est, comme nous avons vu plus haut, lorsque la mère vient en concours avec l'époux et le père. Il n'y a pas de collatéraux privilégiés en présence.

Le second cas est la même hypothèse avec cette différence qu'il y a parmi les successeurs la femme et non le mari.

Dans le premier cas suivant le verset 12 du Coran, la mère doit recevoir le tiers de la succession puisqu'elle n'est pas frappée d'une réduction par la présence des descendants et des collatéraux privilégiés. Mais l'application de ce principe bat en brèche le principe de la double part. Car la part de l'épouse étant  $\frac{3}{6}$  et celle de la mère  $\frac{2}{6}$ , il ne reste qu'un sixième à attribuer au père. Le père reçoit ainsi la moitié de la part de la mère.

Dans le second cas, la femme reçoit le quart de la succession, la mère le tiers, et le reste qui est  $\frac{5}{12}$  de la succession sera attribué au père. Dans cette hypothèse le père reçoit certes une part plus élevée que la mère ( $\frac{5}{12}$  pour le père et  $\frac{4}{12}$  pour la mère) ; mais la règle de la double part pour le mâle n'est pas moins rejetée.

Dans la doctrine chiite on applique dans l'un et l'autre cas, la solution du verset 12. La raison de cette solution est rapportée par M. Marçais en commentant l'avis de Ibn Abbas qui avait émis cette opinion.

Dans la doctrine sunnite, c'est le principe de la double part qui a prévalu et cela à la suite d'une décision prise par le Calife Omar, telle que nous la lisons chez M. Marçais :

« Pour éviter ces résultats fâcheux (il s'agit de l'inobservation du principe de double part) le Calife Omar inventa la solution suivante : le conjoint survivant commencera par prélever la moitié ou le quart auquel il a droit, et c'est seulement au tiers des biens restants que la mère pourra prétendre. Dans le cas où le conjoint sera l'épouse, elle recueillera ainsi le sixième ; dans le cas où ce conjoint sera l'époux, le quart de la succession totale ; et le père prendra à titre d'asib un reliquat tantôt égal au tiers tantôt à la moitié » (1).

Ainsi Omar a substitué à la prescription coranique, attribuant à la mère le tiers de la succession, sa propre décision qui attribue à celle-ci non le tiers du patrimoine, mais le tiers de

---

(1) Marçais, *op. cit.*, pp. 106-107.

ce qui restait après le prélèvement de la part du conjoint survivant.

« Nous ne nous étonnerons pas, dit M. Marçais, que l'opinion du Calife ait été contestée par plusieurs docteurs de l'Islam. Le premier Ibn Abbas, le cousin du prophète, refusa d'admettre cette décision. Il déclara qu'il fallait s'en tenir à la lettre du Coran et attribuer à la mère le tiers du patrimoine tout entier.

Le livre saint accorde ce fard à la mère aux seules conditions qu'elle ne vienne en concours ni avec un ascendant, ni avec plusieurs collatéraux immédiats : les 2 cas Gharrouani ne sortent nullement de cette large hypothèse. On ne saurait adopter pour eux une solution particulière et attribuer le plus arbitrairement du monde à la mère, tantôt le sixième, tantôt le quart de la succession.

En outre, la décision d'Omar ne contredit pas seulement une prescription du Livre saint ; elle est de même en complète opposition avec le fameux précepte de Souinna sur lequel la successibilité des asibs est basée : « Donnez aux héritiers à fard, leur fard, et le reste au parent mâle le plus proche. »

Le père doit simplement recueillir ce qui restera des biens, après que les héritiers à fard, c'est-à-dire, dans l'espèce, le conjoint et la mère, ont prélevé leurs parts fixées. Cette règle fondamentale ne peut être tenue en échec que par des prescriptions formelles du Coran, qui réduisent ou excluent certains titulaires de fard au profit de certains âsibs (par exemple la sœur exclue en présence du père et du fils, la fille subissant le tasibs. Il n'y a pas ici de semblable prescription » (1). Un peu plus loin (p. 110), l'auteur conclut de la façon suivante :

« Nous n'avons pas à apprécier longuement la valeur des arguments mis en ligne de part et d'autre. Nous dirons simplement que l'opinion d'Ibn Abbas nous semble être la seule à respecter sans ambages, le texte formel du Coran... Le système d'Omar quoi qu'il viole, sans aucun doute, le texte du verset 12, a définitivement triomphé... »

En effet, le système envisagé par le Calife a conquis le consentement des Sunnites.

Les quatre écoles sunnites sont unanimement d'accord sur ce point. Il est curieux de constater ici un point tout à fait intéres-

---

(1) Marçais, *op. cit.*, p. 108.



sant. Contrairement à ce que le sens des mots peut laisser entendre, l'orthodoxie musulmane laissa de côté la lettre des textes et des lois religieuses et ouvrit la porte à des interprétations qui sont, à n'en pas douter, en sens opposé du texte légal. Les interprétations données par Djourdjani, sur le verset 12, dans son commentaire sur le Siradjyya, ouvrage hanafite, pour soutenir la solution du Calife (1), nous montrent à quel point la lettre céda le pas aux explications ingénieuses qui était quelquefois en contradiction absolue avec le texte légal.

Les chiites, c'est-à-dire les hétérodoxes musulmans qui, au point de vue sunnite appartiennent à l'école dissidente et frelaient les principes religieux, ont pourtant observé plus scrupuleusement les règles de la législation successorale.

Chaque fois qu'en matière successorale on se trouve en présence de controverses doctrinales, nous remarquons avec étonnement que les Chiites ont essayé de s'écarter le moins possible de la lettre du commandement légal. Et c'est justement pour cela que chez eux beaucoup plus que chez les Sunnites, les anomalies sont moins nombreuses.

La succession musulmane qui est réputée être un recueil de cas d'espèces, ne se soumettant à aucune règle générale, a gagné cette réputation justement à cause de cette extension que nous remarquons dans la législation successorale des écoles orthodoxes.

### § 3. — *Des parts assignées dans le Code civil persan*

Le Code civil sur cette matière comme sur d'autres points, est inspiré du droit chiite.

Dans son chapitre V la succession du C. C. dans une série d'articles, fixe les parts assignées et leurs titulaires.

Sans qu'il nous donne une définition expresse de la part assignée, le Code commence dans son art. 893 à grouper les héritiers suivant qu'ils ont ou non droit à une part assignée. Cet article nous dit :

« Les héritiers héritent tantôt par part assignée, tantôt à titre de parenté et tantôt aux deux titres ensemble. »

Mais nous connaissons déjà -- et l'esprit des articles du Code laisse implicitement à deviner -- que la part assignée dont le

---

(1) Cf. Marçais, *op. cit.*, pp. 109-110.

Code parle, est la portion du patrimoine du défunt réservée au service du prélèvement des parts héréditaires des héritiers fards.

Dans son article 894, le Code donne au contraire la définition des héritiers à part assignée. Suivant cet article ces héritiers sont ceux dont la part est assignée par le Code. Par contre, les héritiers à part non assignée sont ceux dont la part n'est pas indiquée par la loi.

Il résulte de cet article que les héritiers non assignés participent à la succession, pour le reliquat de la succession. Ce reliquat est, généralement, plus élevé que la part des héritiers assignés de même ordre. Le mécanisme de la succession est fait de sorte que par rapport aux héritiers à fards, l'héritier universel touche dans la succession une quote-part beaucoup plus élevée. Cela se comprend fort aisément, puisque cette classe d'héritiers représente les asibs d'autrefois. D'ailleurs le Code lui-même les appelle héritiers asibs.

Mais nous lisons dans l'art. 893 *in fine*, que certains héritiers peuvent succéder tantôt à titre de fard et tantôt à titre d'asib. Cela vient de ce que la loi tenait à remettre ce qui restait de la succession après le prélèvement des parts assignées aux héritiers fards d'ordre plus proche et non aux héritiers asibs d'ordre plus éloigné.

Mais le titre de fard à lui seul ne pouvait pas garantir cette attribution.

Alors on a songé à donner à cette catégorie d'héritiers le titre d'asib.

Tel est par exemple le cas du père.

En présence des enfants, celui-ci est réduit à prendre sa part assignée. Mais en cas d'absence d'enfant, il acquiert le titre d'asib et profite du reliquat ou de l'universalité des biens.

Pour la mère, qui, étant femme, ne pouvait jamais prétendre à la qualité d' « asaba » on a pensé à la rendre habile par un autre procédé.

La doctrine chiite, dans ce cas aussi bien d'ailleurs que dans certaines hypothèses du cas précédent, imagine la théorie de la « remise de l'excédent ». Elle veut éviter de cette façon l'attribution d'une part quelconque de l'héritage à un ordre postérieur d'héritiers, tant qu'il subsiste des représentants dans l'ordre antérieur. Nous avons déjà rencontré cette solution con-

nue chez les Chiites sous le nom de « Ta'sib » et chez les Sunnites sous le nom de « Radd ».

Nous sommes amenés à une conclusion fondamentale qu'il n'est pas sans intérêt d'avoir toujours présente à l'esprit.

Le Code civil persan envisage essentiellement deux titres d'attribution de part héréditaire, l'attribution par part assignée et l'attribution à titre de parenté. La pratique a consacré un 3<sup>e</sup> titre de successibilité, à savoir la réunion chez une seule personne de deux qualités à la fois.

Enfin la doctrine envisage un quatrième titre de successibilité : la remise de l'excédent. Suivant ce titre, malgré le caractère exclusivement fard du bénéficiaire, et malgré l'impossibilité de l'attribution d'une part à titre de parenté, on attribue néanmoins au bénéficiaire de ce titre le surplus de l'héritage et cela dans l'intention de ne plus appeler à la succession, des héritiers d'ordre postérieur, même s'ils sont des héritiers âsibs.

Mais quelle différence y a-t-il entre l'héritier qui succède suivant le 3<sup>e</sup> titre et celui qui succède suivant le quatrième

Au point de vue du résultat final, la différence est nulle puisque dans l'un et l'autre cas, ces deux catégories d'héritiers succèdent à la totalité de la succession. Théoriquement le titre suivant lequel chacun procède à cette attribution est différent. Tandis que le premier en tant qu'âsib a une vocation à l'universalité des biens, le second ne s'attribue la totalité ou la quote-part du patrimoine qu'à deux titres différents : il prélève d'abord sa part assignée et ensuite, faute d'un successeur en rang utile, il s'attribue le surplus de la succession. Ainsi ce principe de la « remise de l'excédent » est un principe fait de toute pièce par la doctrine, aboutissant au même résultat que celui auquel le principe de l'attribution à deux titres est parvenu.

C'est justement cette différence théorique qui explique pourquoi au moment où la succession est ouverte au profit du père, de la mère et de la fille, certains auteurs chiites déclarent que après le prélèvement des parts assignées le reliquat doit être partagé entre la fille et le père au prorata de leur part, à l'exclusion de la mère. Celle-ci, n'étant pas âsib, n'a pas une vocation universelle et le principe de la remise de l'excédent ne peut pas être appliqué en l'occurrence.

L'héritage est divisé suivant ces auteurs de la façon suivante :

Le dénominateur commun étant 6, on attribue une part à la mère, une part au père et 3 parts à la fille. Il reste un excédent d'une part qu'on partagera entre la fille et le père proportionnellement à leur part héréditaire. On multiplie donc le chiffre 4 dans le dénominateur commun pour obtenir le nouveau dénominateur qui est 24. On attribue 4 parts à la mère, 5 parts au père et 15 parts à la fille.

Mais il faut ajouter tout de suite que cette solution n'a pas prévalu en droit persan, qui, suivant l'article 908 du Code civil, place la mère sur le pied d'égalité avec le père et la fille.

Suivant cet article, dans l'exemple précédent, le surplus doit être partagé entre les trois héritiers. Le dénominateur commun sera donc dans ce cas, 30. La mère reçoit 6 parts, le père reçoit aussi 6 parts et la fille 18 parts. Il n'y a qu'une seule exception portée à cette règle : c'est le cas de l'exclusion partielle de la mère par le fait de la présence des collatéraux privilégiés qui réduisent la part de la mère au minimum de ses parts assignées.

Quoiqu'il en soit, les héritiers du C. civ. persan succèdent de 4 façons :

- 1° à titre de fard exclusivement ;
- 2° à titre de parenté ou âsib exclusivement ;
- 3° à l'un et à l'autre titre suivant les cas ;
- 4° enfin à titre de la remise de l'excédent.

Quant aux trois premières catégories les 3 articles 896, 897 et 898 les énumèrent distinctement. Quant à la 4<sup>e</sup> catégorie, l'article 905 fait une allusion discrète, mais nette à leur sujet.

Nous allons étudier ces 4 articles successivement :

*Etude de l'article 896.* — Sur cet article nous n'avons pas à nous arrêter longtemps en cet endroit. Il nous dit :

« Ceux qui héritent au titre de la part assignée sont : la mère, l'époux et l'épouse. »

En effet, ces trois héritiers sont exclusivement fards, c'est-à-dire ils ne peuvent profiter de la succession que pour la portion déterminée par la loi. Quoique pour chacun d'entre eux la loi ait fixé une part minimum et une part maximum, d'autre part, quoique pour certains d'entre eux une remise de l'excédent est possible — mesure qui permet de leur attribuer une part au delà de la part maximum — il n'en reste pas moins vrai qu'en principe leur part est quelque fois trop réduite.



*Etude de l'article 897.* — L'article 897 nous dit :

« Ceux qui héritent tantôt à titre de fards, tantôt à titre de parenté sont : le père, les filles, les sœurs germaines ou consanguines et les collatéraux privilégiés utérins. »

Des différences profondes séparent sur ce point le droit chiite du droit sunnite.

Nous allons les examiner sommairement en étudiant chacun des héritiers envisagés par l'article 897.

### I. — *Le père*

En droit chiite, tout comme en droit sunnite (1), le père profite des deux titres de fard et d'âsib. Mais en droit chiite il n'a jamais la force d'exclusion que le droit sunnite lui a reconnue.

a) Contrairement à ce qui se passe en droit sunnite (2), en droit chiite et dans le Code civil persan, le père en concours avec la fille n'empêche pas celle-ci de participer au partage de l'excédent.

Au contraire, ils se partagent cet excédent proportionnellement à leur part assignée.

b) Le père concourant avec la mère ne l'empêche pas non plus de participer à l'excédent sauf au cas où il y a des collatéraux privilégiés en présence.

Dans ce dernier cas, la mère ne participe pas au partage de l'excédent, lequel sera attribué entièrement au père.

### II. — *Filles du défunt*

A) *Filles immédiates.* — Dans 3 hypothèses classiques la solution chiite correspond à celle des sunnites.

a) Lorsqu'il n'y a qu'une seule fille, elle a droit à titre de fard à la moitié de la succession.

b) Lorsque les filles sont au nombre de deux ou davantage, elles ont droit à titre de fard aux deux tiers de la succession.

c) Lorsque les filles sont en concours avec les fils, chaque fille a droit à la moitié de la part de chaque fils. C'est le principe de la double part pour le mâle.

---

(1) Marçais, *op. cit.*, p. 100 ; Boulos, *op. cit.*, p. 220.

(2) Voir Boulos, *op. cit.*, p. 221, III-1°.

Il n'y a pas de difficultés pour ces cas.

Mais le point de divergence entre les deux sectes est le cas où la fille vient en concours avec une autre catégorie d'héritiers que celle à laquelle elle appartient.

Il y a deux règles directrices qui expliquent la solution adoptée par la doctrine chiite :

1° Avec les ascendants privilégiés, la fille constitue un ordre unique. Elle est placée sur le pied d'égalité avec ceux-ci : elle n'exclue ni son père ni sa mère et elle n'est pas exclue par eux non plus. En outre, elle hérite comme le père aux deux titres de fard et d'âsib.

En conséquence, contrairement à la doctrine sunnite, la fille partage l'excédent de l'héritage avec son père aussi bien qu'avec sa mère.

Quoique par sa présence, la fille réduise la part de sa mère au minimum, celle-ci participe néanmoins à titre de fard au partage de l'excédent.

Dans le droit sunnite au contraire non seulement la fille réduit la part de la mère au minimum, non seulement la mère ne participe pas au partage de l'excédent, mais la fille elle-même n'a pas d'autre part à prendre que sa fard. Elle ne participe pas elle non plus au partage de l'excédent. Cet excédent est attribué exclusivement au père à titre d'âsib.

En second lieu, le grand-père est considéré dans la doctrine sunnite comme le père et par conséquent en l'absence du père, le grand-père le remplace et agit exactement comme aurait agi le père. Il empêche donc la mère et la fille de participer au partage de l'excédent.

Dans la doctrine chiite au contraire les ascendants ordinaires sont classés au second ordre et sur le même plan que les collatéraux privilégiés. Ils ne viennent donc à la succession que lorsque les représentants de premier ordre font complètement défaut.

Il n'est pas nécessaire que les descendants du défunt soient du premier degré. Tant que dans la succession figure un petit-enfant de l'un ou de l'autre sexe, les héritiers du second ordre, dont les ascendants ordinaires font partie, sont complètement exclus de toute participation à la succession.

2° La fille étant de premier ordre, empêche tous les collatéraux de participer en quoi que ce soit à la succession.

Des différences les plus profondes séparent ici les deux sectes.

A) En ce qui concerne les collatéraux privilégiés, les sunnites distinguent trois ordres de successibles :

a) Les frères et sœurs utérins sont complètement exclus par les filles.

b) Les frères germains ou à leur défaut les frères consanguins ne sont nullement atteints par la présence de la fille. Celle-ci prélève sa part fard et le reliquat est attribué à titre d'âsib aux frères.

c) Les sœurs germaines ou à leur défaut les sœurs consanguines se voient traitées d'une façon spéciale suivant un procédé tout à fait nouveau, connu dans la doctrine sunnite sous le nom de « *ʔasib ma ghairihi* ».

Ce procédé consiste en ce qu'un asib communique à un héritier fard sa qualité d'asib, et cela chaque fois que la quotité fard est plus élevée que celle que l'héritier communiquant pourrait obtenir à titre d'asib.

Par exemple le fard des sœurs germaines ou consanguines est de deux tiers dans la succession. Si la fille du défunt vient en concours avec deux sœurs, suivant les sunnites il faut ou bien faire subir à la fille une réduction de part et partager la succession par parts égales, entre toutes les héritières, ou bien attribuer à la fille sa part assignée et aux sœurs le reliquat. Les jurisconsultes sunnites ont choisi la seconde solution. Ils ont dit que les sœurs quoique essentiellement héritières fards, deviennent âsib et touchent le reliquat de la succession après le prélèvement des fards.

Cela est inspiré par l'idée qui règne tout au long de la législation successorale sunnite. On veut maintenir le privilège d'héritier âsib, même au prix des contradictions et des anomalies.

Dans la doctrine chiite au contraire la fille, en présence des collatéraux privilégiés quels que soient leur qualité, leur nombre et leur sexe, reçoit la totalité de succession, moitié à titre de fard et moitié à titre de parenté. L'excédent de l'héritage, disent les jurisconsultes chiites, ne passe pas aux âsibs tant que ceux-ci ne sont pas de même ordre que les héritiers fards.

B) En ce qui concerne les collatéraux ordinaires, ils sont considérés par les sunnites comme des âsibs et à ce titre, ils vien-

nent tous à la succession pour le reliquat. La présence de la fille ne les prive pas de cette part (1).

Chez les chiïtes les collatéraux ordinaires sont relégués au contraire au 3<sup>e</sup> rang. Du moment que les collatéraux privilégiés, en présence des descendantes sont privés de toute participation, il va de soi que les collatéraux ordinaires n'ont rien à demander.

B) *Les petites-filles*. — C'est une des parties les plus obscures de la succession sunnite et par la diversité des solutions contradictoires intervenues et par l'arbitraire du fondement juridique des solutions. C'est un vrai labyrinthe d'où on a vraiment peine à sortir.

Nous allons dégager les traits essentiels.

Tout d'abord il faut savoir que chez les sunnites, lorsqu'on parle de la petite-fille, on doit entendre la fille attachée au défunt par une suite non-interrompue de mâles.

Ceci dit, nous constatons pour la petite-fille plusieurs hypothèses :

a) si elle est l'héritière unique, elle reçoit la moitié de la succession ;

b) si elles sont les seules héritières dans l'ordre descendant, elles ont droit à deux tiers de la succession ;

c) si elles sont en concours avec un petit-fils, il semble qu'il faille distinguer trois cas :

1<sup>o</sup> si elles sont par rapport au petit-fils de degré postérieur, elles sont exclues de l'héritage ;

2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup> si elles sont avec le petit-fils de même degré ou si elles sont de degré antérieur, elles subissent la réduction de part par le fait de « *tasib bi ghaïribi* » et prennent chacune une part égale à la moitié de celle attribuée au petit-fils. C'est la règle de la double part pour le mâle.

d) si la petite-fille est en concours avec la fille unique du défunt, suivant la doctrine qui prévaut, elle reçoit le sixième de la succession ;

e) si la petite-fille est en concours avec deux ou plusieurs filles du défunt, elle n'a pas droit au sixième auquel elle avait droit dans le cas précédent.

Ces deux solutions sont consacrées dans la doctrine sunnite par Idjmâ (unanimité des juristes). Ce sont là des solutions pré-

---

(1) Voir Marçais, *op. cit.*, p. 91.



conisées pour la première fois par Ibn Masoud qui basait sa décision sur la différence d'un sixième qui existait entre la part assignée d'une fille unique du défunt et celle de deux ou plusieurs filles. En effet, la part assignée d'une fille unique est la moitié de la succession. Celle de deux ou plusieurs filles est de  $\frac{2}{3}$ . La différence entre ces deux est de  $\frac{1}{6}$ . Ibn Masoud a attribué cette différence à la petite-fille. Mais sur quelle base juridique cette attribution arbitraire aurait pu être justifiée ; et la différence entre les deux parts héréditaires pouvait-elle à elle seule rendre plausible cette attribution, c'est ce que personne n'a cru et cependant tout le monde admet la solution, peut-être parce qu'elle a l'avantage de ne pas exclure complètement la petite-fille de la succession (1).

L'arbitraire de cette solution est d'autant plus grave que la petite-fille est dans le second cas réellement victime d'une injustice. Bien qu'elle soit généralement considérée comme plus digne d'intérêt que la sœur du défunt, elle est cependant moins bien traitée que cette dernière. En effet en présence de deux filles, la doctrine sunnite n'exclut pas complètement la sœur. Celle-ci doit seulement supporter une réduction. Tandis que la présence de deux filles prive la petite-fille de la part assez modique qu'elle recevait dans le cas précédent.

En somme ni l'attribution d'une part à la petite-fille dans le premier cas, ni son exclusion totale dans le second cas, ne sont basées sur un principe légal. Le premier est aussi arbitraire que le second.

f) la petite-fille est en concours avec la fille du défunt et sa sœur : la fille reçoit la moitié, la petite-fille un sixième et la sœur le reliquat ;

g) la petite-fille est en concours avec deux filles du défunt et sa sœur : la petite-fille est complètement exclue. La succession est partagée comme il suit :  $\frac{2}{3}$  aux filles et le reliquat à la sœur.

Ces deux derniers cas sont les conséquences forcées des explications qui ont précédé.

h) la petite-fille est en concours avec deux filles ou davantage du défunt, et avec son petit-fils. L'opinion qui a prévalu est la suivante : Si la petite-fille est, par rapport au défunt, d'un degré plus éloigné que le petit-fils, elle sera exclue de la succes-

---

(1) Voir Marçais, *op. cit.*, pp. 94 ss.

sion. La succession sera dans ce cas partagée entre les filles et le petit-fils à raison de deux tiers pour les premières et le reliquat pour le second.

Si la petite-fille est au contraire d'un degré plus proche que le petit-fils ou du même degré que celui-ci, le reliquat de l'héritage qui restera après le prélèvement des parts assignées des filles, sera partagé entre le petit-fils et la petite-fille à raison de deux parts pour le premier et une part pour la seconde. C'est la règle de la double part pour le mâle dont le petit-fils imposera à la petite-fille en vertu du principe de la communication de la qualité d'asib « *tâsib bi ghâirih* ».

Il va de soi que les explications que nous avons fournies jusqu'ici s'appliquent successivement aux arrières-petites-filles des degrés subséquents.

Voilà en substance les traits généraux de la législation sunnite en ce qui concerne la petite-fille.

La doctrine chiite contrairement à tout ce que nous avons rencontré chez les sunnites, a posé un principe que nous avons précédemment étudié et qui commande la dévolution héréditaire suivant le degré, l'ordre et la ligne. Selon ce principe tant que des héritiers d'un degré plus proche appartenant à un ordre plus rapproché figurent dans la succession, une attribution de part héréditaire à un autre successeur plus éloigné en ordre ou en degré est impossible.

Toutes les distinctions et sous-distinctions que nous avons rencontrées chez les sunnites au sujet de la petite-fille disparaissent ici du même coup. Et à ce point de vue, il n'existe aucune différence entre le petit-fils et la petite-fille : le privilège de la masculinité est sur ce point rejeté.

Dès lors, les petits-enfants de l'un ou de l'autre sexe sont exclus en présence des enfants immédiats du défunt. De même, les arrières-petits-enfants sont exclus de la succession en présence des descendants de second degré et ainsi de suite.

En outre, en poursuivant un esprit plus juste à l'égard de tous les descendants et descendantes du défunt, et contrairement à la conception sunnite qui entendait par la petite-fille, la fille d'un parent mâle par les mâles, la doctrine chiite a adopté le partage par souche de la succession en ce sens que chaque fois que les petits-enfants de l'un ou de l'autre sexe du défunt sont appelés utilement à la succession, ils doivent prendre la place de leur

auteur en profitant de la part qui revenait à celui-ci s'il eût été vivant. Donc, les enfants d'un fils reçoivent la part de leur père, et les enfants d'une fille reçoivent la part de leur mère, même si les premiers ne sont que des filles et les seconds que des fils. Ensuite, dans chaque groupe, le partage s'effectue à raison d'une double part pour le mâle.

Voici l'ensemble assez logique et harmonieux de la doctrine chiite en ce qui concerne la succession des descendants en général.

Mais il faut ajouter tout de suite que le défaut du principe de la représentation fait grand tort à l'esprit de justice de la législation. Si la doctrine chiite avait pensé que les enfants d'un auteur prédécédé ne devaient pas équitablement être évincés d'un droit dont leur auteur pouvait les faire profiter s'il avait survécu ; si elle avait pensé que ces petits-enfants devaient être d'autant plus protégés, qu'ils en ont besoin, vu leur âge, leur système serait considéré comme plus juste. D'ailleurs, c'est une lacune très facile à combler, et c'est très surprenant que le Code civil persan n'ait pas procédé à cette réforme et ait parcimonieusement suivi la voie frayée par la doctrine chiite.

### III. — *Les sœurs germaines ou consanguines*

La troisième catégorie d'héritiers prévue par l'article 897 succédant à la fois à titre fard et âsib sont les sœurs germaines et, à leur défaut, les sœurs consanguines. En effet le fard d'une sœur germaine ou consanguine suivant le verset 175 du sourat « les femmes » est de la moitié de la succession. Le fard de deux ou plusieurs de ces mêmes sœurs est, suivant le même verset, des deux tiers de la succession. Si aucun autre héritier n'est appelé à participer à la succession, les sœurs germaines ou consanguines toucheront le reste de la succession à titre de parenté.

Si sur ces principes généraux les deux sectes en opposition sont d'accord, ils sont en parfait désaccord en ce qui concerne le concours des sœurs avec d'autres catégories de successibles. Le désaccord est le résultat de la non observation chez les sunnites du principe de l'ordre. La sœur n'est exclue dans la législation sunnite que par les parents âsibs d'ordre précédent, c'est-à-dire par le père, le fils, les descendants mâles par les mâles et enfin dans l'école hanafite par le grand-père paternel (1).

---

(1) Voir Marçais, *op. cit.*, p. 145, § 2.

Les autres héritiers du premier ordre ne peuvent exclure tout au moins totalement, la sœur germaine et consanguine. Par conséquent, ni la fille du défunt, ni ses petites-filles, ni enfin sa mère et à plus forte raison ses aïeux et aïeules, autre que le grand-père paternel chez les hanafites, ne peuvent éliminer d'une façon absolue la sœur du défunt.

Chez les chiïtes au contraire, ce n'est pas la qualité d'âsib qui compte, mais c'est l'ordre des successibles. Les sœurs (comme d'ailleurs les frères même germains ou consanguins) ne viennent à la succession que lorsqu'elles sont dans l'ordre utile. Elles ne viennent en concours qu'avec les ascendants ordinaires. Tant qu'il figure dans la succession, un des héritiers du premier ordre, (c'est-à-dire le père, la mère, les enfants de l'un ou de l'autre sexe, les petits et les arrières-petits-enfants mâles ou femmes), les sœurs pas plus que les frères, germains ou consanguins ou utérins, pas plus encore que les ascendants ordinaires, ne sont pas appelés à prendre part en quoi que ce soit à la succession. C'est très logique, c'est même nécessaire et la doctrine sunnite qui accorde aux collatéraux privilégiés des parts quelquefois même exorbitantes aux dépens des filles ou d'autres descendants du défunt, est inspirée de l'ancienne disgrâce du sexe féminin. « Les filles, observe M. Marçais, étaient à peine comptées dans la postérité d'un individu » (1). Les juristes musulmans secte sunnite étaient tellement préoccupés par la considération de prééminence d'âsib qu'ils n'ont même pas cru nécessaire de tenir compte de la lettre du texte du verset 175, 2<sup>e</sup> alinéa, qui dit : « Le frère sera l'héritier de sa sœur si elle n'a aucun enfant. » Ils ont pris le mot enfant pour fils.

Si nous supposons maintenant la présence d'un frère consanguin dans la succession, de nouvelles complications surgissent dans la législation sunnite.

Par le fait de tasib les deux filles reçoivent la totalité de leur part soit les deux tiers, et la sœur germaine devenant ainsi âsib (par communication) doit toucher le reliquat.

Mais le frère consanguin étant âsib authentique, ne peut pas souffrir d'une privation totale. En effet, la sœur germaine n'a pas en droit sunnite la capacité d'exclure le frère consanguin. Elle ne peut exclure que la sœur consanguine. Le frère consan-

---

(1) Voir Marçais, *op. cit.*, p. 142.



guin peut être exclu par son frère germain et non par d'autres collatéraux. Mais les juristes pour témoigner dans l'espèce plus d'intérêt à l'égard de la sœur germaine, ont été obligés de se démentir et malgré la règle préalablement adaptée par eux-mêmes, ils ont décidé que la sœur germaine gardera seule le reliquat en dépit de la qualité d'asib de son frère consanguin. C'est une vraie course à l'arbitraire.

Chez les Chiites dans l'hypothèse que nous venons d'examiner les deux filles touchent la totalité de la succession  $\frac{2}{3}$  par part assignée et le reste à titre de parenté. Ni le procédé de tāsib ma ghairib, ni les complications des intérêts contradictoires des germains et des consanguins, n'ont trouvé de crédit dans la doctrine chiite.

En matière de la succession des collatéraux privilégiés ou à défaut, de leurs descendants de l'un ou de l'autre sexe, on pose en doctrine chiite les 5 principes suivants :

1° Les collatéraux privilégiés viennent à la succession à défaut de représentants du premier ordre.

2° Ils viennent à la succession en concours avec les ascendants ordinaires.

3° Les frères et sœurs consanguins ne viennent à la succession qu'à défaut des frères et des sœurs germains.

4° Les utérins prennent dans tous les cas leur part assignée.

5° En cas d'inexistence des collatéraux de premier degré, leurs descendants de l'un ou de l'autre sexe viennent à la succession par souche. A l'intérieur de chaque souche le partage est suivant le principe de la double part pour le mâle.

Evidemment, le principe de la division des frères et sœurs en trois groupes différents et le règlement différent du sort de chaque groupe est absurde. En pratique on ne peut pas supprimer cette distinction, car une différence de traitement entre les enfants issus des auteurs différents est presque inévitable, dès qu'on adopte le principe de la polygamie. Les réformes sur ce point doivent donc être précédées par des réformes d'ordre familial.

#### IV. — *Les collatéraux privilégiés utérins*

Il ne nous reste, pour terminer l'étude de l'art. 897 du C. civ., que de dire quelques mots sur les frères et sœurs utérins et sur la place qu'ils occupent dans la dévolution héréditaire.

D'après cet article les utérins sont placés au point de vue de la successibilité sur le même plan que les sœurs germaines ou consanguines. Ils peuvent, s'ils ne sont pas en concours avec d'autres héritiers de rang utile, profiter de la totalité de la succession. Ils profitent de cette totalité à deux titres : ils prélèvent d'abord leur part assignée et ils touchent ensuite le restant à titre de parenté.

Nous pouvons deviner combien leur cas est, dans la succession chiite, différent de celui du système des sunnites. Tandis que dans le droit chiite le surplus des parts assignées revient à titre de parenté aux utérins, si toutefois ils sont dans leur ordre les seuls successibles, dans la législation sunnite au contraire, une telle attribution ne peut jamais avoir lieu. Le surplus dans cette législation passe nécessairement aux héritiers asibs de l'ordre suivant ou à leur défaut au trésor public. Si ces héritiers ont eu la faveur d'être considérés par le Coran parmi les successibles, il faut remarquer cependant que, suivant la loi sunnite, leur titre héréditaire est essentiellement anormal. Etant parmi les quelques parents par les femmes auxquels la loi islamique attribue une part de succession, la faveur ainsi accordée doit être, suivant les sunnites, réduite dans son cadre le plus restreint.

En cas de concours entre les utérins et d'autres successibles on se trouve en présence de nouveaux cas d'espèce si fréquents dans le droit sunnite.

Supposons qu'une succession soit ouverte et que les successibles en présence soient le mari, la mère, des frères et sœurs germaines et des frères et sœurs utérins.

Les fards absorbent toute la succession. En effet le mari doit toucher la moitié de la succession ; la mère un sixième et les frères et sœurs utérins un tiers. Les germaines malgré leur double lien sont complètement éloignés de la succession. Une grave objection se déclare : même à ne pas compter le lien paternel des germaines, ces derniers sont attachés au défunt par le même lien qui attache les utérins au *de cujus*. Par quelle logique un même lien de parenté n'assure-t-il pas les mêmes droits successoraux aux héritiers qui en sont issus ? C'est le problème qui fut, dit-on, posé à Omar, 2<sup>e</sup> Calife, par un des frères germaines qui, par le concours de ses frères et sœurs utérins, était exclus de la succession. Il aurait dit à Omar : « Sup-

pose un instant que le père ne soit qu'un âne (himar) ou qu'une pierre (hadjar) jetée au fond de la mer (yamm). Les frères germains et les frères utérins ne resteraient-ils pas unis au défunt les uns et les autres, par un même lien, celui de la parenté féminine. Cette parenté ne doit-elle pas assurer le même droit à chacun d'entre eux » (1). On dit qu'Omar étant « frappé de cette observation » a ordonné le concours des germains avec les utérins sur la quotité d'un tiers.

Mais ce concours ne s'exerce pas si, dans l'espèce, au lieu de deux ou plusieurs frères et sœurs utérins, il n'y en a qu'un seul. Car, dans ce cas, même si le frère utérin touche un sixième de l'héritage à titre de fard, il reste encore un reliquat d'un sixième, lequel sera attribué aux germains. C'est une exception grave qui assimile les germains héritiers essentiellement asibs, aux utérins héritiers fards. Elle doit donc être appliquée restrictivement. Cette solution est appelée dans la doctrine sunnite himar-ryya (problème d'âne), hadjaryya (problème de la pierre), yammyya (problème de la mer) ou enfin mouchtaraka (cas d'association), en raison d'association des frères germains avec les utérins dans le partage du tiers de la succession.

On peut citer des exemples de ce genre en quantité et cela ne résulte que du seul fait de l'association simultanée de différents ordres d'héritiers ensemble.

Dans l'exemple précité, étant donné la nature même du système successoral chiite et l'interdiction d'une participation au partage d'héritiers d'ordres différents, le problème ne se pose même pas et l'héritage est partagé entre le mari et la mère. Les frères et sœurs germains et utérins étant, par rapport à la mère, du second ordre, sont totalement exclus par celle-ci.

Le mari touche, à titre de fard, la moitié de la succession et la mère touche le tiers à titre de fard et le reste à titre de radd.

Une des curiosités de la législation islannique, une idée qui est vraiment à combattre, c'est le fossé creusé entre les collatéraux germains et consanguins. Tandis que dans le cadre de la législation successorale les germains et les consanguins sont les uns et les autres considérés parmi les héritiers du second ordre, à l'intérieur même de leur classe les seconds sont en vérité placés dans un ordre inférieur par rapport aux premiers.

---

(1) Voir Marçais, *op. cit.*, p. 152.

La raison est que la présence des germains est dans la succession, si on peut ainsi s'exprimer, une sorte d'empêchement à la participation au partage des consanguins. Ils les excluent purement et simplement de l'héritage : une exclusion, non pas seulement partielle mais totale. Tandis que les utérins, qui dans l'esprit de la loi successorale sont attachés au défunt par un lien indéniablement plus fragile, viennent en concours avec les germains, les consanguins dans le même cas sont complètement exclus. Bien qu'ils soient attachés au défunt par un lien plus fort, c'est-à-dire par le côté paternel, ils sont en pratique moins bien traités que les utérins car ils sont en présence des germains exclus par ceux-ci. D'autre part, ce qui provoque des confusions c'est que les consanguins viennent en concours avec les utérins en jouissant des mêmes droits que ceux accordés aux germains.

La raison de cette anomalie est que d'une part, les consanguins étant des héritiers attachés au défunt par la parenté mâle, n'ont pas profité, d'après la loi coranique, comme les utérins, d'une part assignée fixe. D'autre part, dans le titre de leur successibilité il y avait une fissure qui les mettait par rapport aux germains dans un état d'infériorité. Cette fissure est l'absence de communauté de lien maternel avec le défunt. L'inexistence de la protection légale d'une part, le défaut de double lien de parenté d'autre part, ont causé une déshérence pure et simple tant que dans la succession il figure un collatéral germain. C'est là une disposition injuste. On pouvait, à la rigueur, admettre un privilège pour les bénéficiaires des deux liens, mais une exclusion pure et simple est un contresens. Néanmoins cela est si bien pénétré dans le corps de la législation islamique que le C. civ. persan n'a cru pouvoir y apporter la moindre rectification.

L'art. 918 du C. civ., 1<sup>er</sup> alinéa, tout comme l'art. 173 du Querri, t. II, Livre VII, consacre cette idée. Cet article nous dit que : « Si le défunt a des frères et sœurs germains, les consanguins sont exclus de la succession. »

Dans la législation sunnite, à la suite du principe du privilège d'asib les consanguins sont mieux traités lorsqu'ils sont en présence d'une sœur germaine. Celle-ci n'étant pas asib ne peut profiter de la succession que jusqu'à la concurrence de son fard ; le reste doit être dévolu aux frères et sœurs consanguins. Il faut dire que le principe du privilège d'asib quoi qu'inadmissible dans son esprit général, a servi, dans l'espèce, à une rectification



au moins partielle sans provoquer une confusion dans l'ordre des successibles.

*L'étude de l'art. 898.* — L'art. 898 nous dit : « Les héritiers autres que ceux cités dans les deux articles précédents héritent seulement à titre de parenté. »

Le Code ne se donne pas la peine de les énumérer. En effet, le contenu des deux articles qui précèdent l'art. 898 épuise la liste des héritiers autres que ceux qui sont envisagés par ce dernier article. Or ces héritiers sont les asibs par excellence du droit islamique. Ce sont les fils, les petits-fils d'une lignée mâle ininterrompue, les frères germains, les frères consanguins, les enfants mâles par les mâles de ces collatéraux privilégiés, et les collatéraux ordinaires mâles de troisième ordre et ainsi de suite indéfiniment. Ces héritiers ont ce privilège sur d'autres, qu'ils ont vocation à l'universalité des biens successoraux. Ils communiquent en outre chacun dans leur rang, aux héritiers femmes de leur ordre et de leur degré, la qualité d'asib pour pouvoir jouir de leur privilège de masculinité et de double part. D'autre part, par rapport aux héritiers exclusivement fards de chaque ordre, ils ont ce privilège que généralement le fard de ces derniers est calculé de façon qu'une partie assez considérable de l'héritage, en fin de compte revient sous forme de reliquat aux héritiers asibs.

Ces privilèges communs en théorie dans les deux législations chiite et sunnite, prennent en pratique une importance autrement considérable dans la législation sunnite. Dans cette législation, nous le savons déjà fort bien, ces héritiers profitent de cette qualité pour participer à l'héritage quelque éloignés qu'ils soient, avec les héritiers fards d'ordres et de degrés précédents.

Pour se rendre compte de la place que les asibs tiennent dans la succession musulmane nous indiquons, à titre d'exemple, le cas de quelques asibs les plus rapprochés au défunt.

A. *Le fils.* — Le fils, type par excellence des héritiers asibs exclut de l'héritage aussi bien chez les sunnites que chez les chiites, tous les descendants de l'un ou l'autre sexe de degré plus éloigné. Il exclut dans les deux législations tous les collatéraux privilégiés. Il fait subir aux ascendants privilégiés de fortes réductions. La part de ceux-ci diminue en sa présence du maximum au minimum. Enfin ils jouissent envers les filles (c'est-à-dire leur propre sœur) du privilège de masculinité et de double

part. De même le fard du mari ou de la femme se réduit à la moitié en présence du fils.

La différence qui existe entre les deux législations chiite et sunnite en cette matière c'est qu'en droit sunnite, dans l'ordre ascendant, le grand-père et la grand'mère sont placés au même niveau que les père et mère et en leur absence ils leur tiennent lieu et place. Par conséquent, ils viennent en concours avec le fils tout comme le père et la mère du défunt.

Mieux encore, la part assignée de la grand'mère qui est d'un sixième ne peut jamais être réduite par le fils. Seule la part du grand-père se réduit de moitié. Celui-ci profitant en l'absence du père et des fils d'un tiers de la succession, se voit astreint par la présence du fils à recevoir un sixième. En droit chiite et dans le C. civ. persan les seuls ascendants qui peuvent concourir avec le fils dans l'héritage, ce sont les père et mère. Les autres ascendants ordinaires étant du second ordre viennent à la succession seulement en concours avec des frères et sœurs.

En l'absence des fils les petits-fils les remplacent dans la succession avec tous les privilèges reconnus aux fils en matière de réduction ou d'exclusion. Seulement chez les chiites, comme nous le connaissons déjà, le petit-fils ne vient à la succession qu'à défaut des descendants d'ordre antérieur, quel que soit leur sexe.

Cette condition fait défaut chez les sunnites qui attribuent au petit-fils en qualité d'asib une part de la succession, même s'il existe des petites-filles plus proches en degré. Celles-ci subissent de plus une réduction de moitié en présence du petit-fils. Nous avons constaté plus haut que l'hypothèse inverse n'est pas admise par les sunnites, c'est-à-dire que si les petites-filles sont de degré plus éloigné elles seront exclues par le petit-fils de toute participation à la succession.

Le cas de fils c'est peut-être parmi les successeurs du droit musulman, l'un des rares cas sur lequel il y a le moins de divergences entre les deux législations. On ne peut pas en dire autant en ce qui concerne le petit-fils.

B. *Les frères germains ou consanguins.* — Nous connaissons déjà pour une grande partie, la portée de la législation au sujet de ces héritiers.

Parmi les ascendants le père chez les Chiïtes, le père et le

grand-père paternel chez les Sunnites de l'école hanafite, excluent les frères et sœurs et les empêchent de participer à la succession (1).

Par contre, la mère, dans la doctrine sunnite, n'exerce pas ce droit d'exclusion. Elle subit même une réduction de part, par le fait de la présence des collatéraux dans la succession. Cette réduction ne profite pas pourtant aux collatéraux eux-mêmes, mais au père du défunt. Parmi les descendants, dans le droit sunnite, le fils et les petits-fils excluent totalement les collatéraux privilégiés de l'héritage. Par contre ni la fille ni à plus forte raison la petite-fille ne peuvent entraîner cette exclusion. Les frères et sœurs viennent donc en concours avec elles et prennent à titre d'asib le reliquat de la succession.

Chez les chiites, les collatéraux sont au contraire exclus par les descendants du défunt sans distinction de sexe. La fille et la petite-fille exercent le même droit en la matière que les descendants mâles du défunt.

En ce qui concerne le concours des collatéraux avec les ascendants il faut distinguer chez les sunnites tout d'abord le grand-père paternel des autres ascendants ordinaires. Pour ces derniers en principe (sans entrer dans le détail de la question), c'est le fard de un sixième qui est adopté.

Tandis que pour le grand-père paternel, qui est considéré dans la doctrine sunnite comme le père, il faut distinguer entre l'école hanafite qui est allée jusqu'au bout de cette assimilation et a tiré par conséquent le résultat logique et inévitable du principe à savoir l'exclusion pure et simple des collatéraux par le grand-père (2) et les trois autres écoles Malekite, Chafite et Hambalite qui ne veulent pas exclure catégoriquement les frères et sœurs, parents si rapprochés du défunt, au profit du grand-père. Ces trois écoles admettent le concours des collatéraux avec le grand-père paternel. Dans ce concours — qui est connu dans le langage juridique sunnite sous le nom de « Moucasama » — les trois écoles en question attribuent une part aux collatéraux privilégiés germains et, à leur défaut, aux consanguins. Mais les utérins sont exclus de la succession. Sur ce point les quatre écoles sont d'accord.

---

(1) Pour les autres écoles la question du concours des collatéraux avec le grand-père est beaucoup plus compliquée et constitue l'écueil de la législation.

(2) Voir Marçais, *op. cit.*, p. 156.

Mais sur la quantité de parts attribuables à chacun des groupes d'héritiers en présence, les opinions sunnites sont des plus divergentes. Une opinion a cependant prévalu et c'est celle qui est préconisée par Zaïd ibn Tabit (1).

Les solutions diffèrent suivant qu'il y a avec l'aïeul et les collatéraux, des héritiers fards ou qu'il n'y en a pas.

Le second cas est beaucoup plus simple. « Le principe formulé par Zaïd ibn Tabit, dit M. Marçais est le suivant : « Lorsqu'il n'y a pas d'héritiers à fard et que les frères et sœurs et l'aïeul viennent à la succession, l'aïeul obtiendra de plein droit la plus avantageuse des deux situations suivantes : partager avec les frères et sœurs, en étant compté comme un frère, ou prendre en dehors de tout partage le tiers de la succession. L'aïeul, comme le frère, rendra les sœurs asibs-bi-ghairihi et bénéficiera, en concours avec elles, du privilège de masculinité » (2).

Ce cas qui est le plus simple, ne connaît pas cependant moins de deux subdivisions dont chacune contient plusieurs nouvelles sous-distinctions.

Par contre, l'hypothèse qui envisage le concours des héritiers précédents, avec des héritiers fards est beaucoup plus compliquée.

Il est formulé par l'auteur de la façon suivante :

« Le grand-père prend de droit le plus avantageux des trois partis suivants : partager *pro-parte-virili* avec les frères et sœurs, prendre le tiers de ce qui reste après que les héritiers à fard ont prélevé leurs fards, prendre le sixième de la succession toute entière. Il ne peut jamais obtenir moins de ce sixième (3).

« Les espèces à examiner, poursuit l'auteur, sont beaucoup plus nombreuses et plus compliquées que dans l'hypothèse qui précède (celle où il n'y a pas d'héritiers à fard), parce qu'il faut : 1° comparer entre eux, non plus deux partis entre lesquels s'exerce le choix de l'aïeul, mais bien trois ; 2° tenir compte dans cette comparaison à la fois du nombre des frères et sœurs et de la quote-part des biens absorbés par les fards » (4).

En effet, ce deuxième cas contient environ une trentaine

(1) Voir Marçais, *op. cit.*, pp. 158-174.

(2) *Ibid.*, p. 158.

(3) *Ibid.*, p. 164.

(4) *Ibid.*, p. 165.



d'hypothèses et suivant les circonstances le grand-père est appelé à choisir l'un des trois partis posés par le principe précité. Suivant le nombre, la qualité et la force d'acquisition des héritiers, le grand-père exerce à son profit le parti le plus avantageux.

Il va sans dire qu'il ne s'agit pas ici d'amorcer la question car cela nous écartera du sujet (1). Qu'il nous suffise seulement de rappeler l'état arbitraire des solutions qui nous amène fatalement à de nouveaux « cas d'espèces ».

Dans la doctrine chiite tout est arrangé autrement. Il y a une différence fondamentale dans la réglementation de ce concours entre les deux législations.

D'abord il faut remarquer qu'en principe, tandis que les hanafites excluent les collatéraux au profit de l'aïeul, les trois autres écoles admettent au contraire tout comme les chiites, le concours des collatéraux et l'aïeul (2).

Mais la différence entre la doctrine chiite et les trois écoles sunnites porte sur la part accordée à chacun des héritiers dans ce concours. Tandis que chez les sunnites des trois écoles en question, il y a une tendance marquée vers la priorité de l'aïeul sur les collatéraux tel qu'il résulte de la théorie de « Mucacama » en droit chiite, au contraire les ascendants ordinaires sont placés au même niveau que les collatéraux privilégiés. Le trait caractéristique du partage des biens dans ce concours, est que la succession entière se divise en trois parties. Une partie sera accordée aux parents du côté maternel (qu'il s'agisse des collatéraux ou des ascendants, sans aucune distinction) et deux parties seront attribuées aux parents du côté paternel encore sans distinction de ligne. La première partie sera divisée par tête entre les parents maternels. L'aïeul et l'aïeule maternels, aussi bien que les frères et sœurs utérins, toucheront une part égale dans le partage. Les deux autres parties seront divisées entre les appelés à raison de deux parts pour le mâle et une part pour la femme. Donc l'aïeul et l'aïeule paternels aussi bien que les frères et sœurs germains et à leur défaut consanguins touchent dans la quotité des deux tiers la part qui revient à chacun suivant la règle de double part pour le mâle. C'est ce qui nous est enseigné

---

(1) D'ailleurs nous y reviendrons plus loin à l'occasion de la succession des ascendants ordinaires. Voir *infra*, pp. 368 et ss.

(2) Voir Marçais, pp. 61.62 ; Query, t. II, l. VII, art. 181 ss, C. civ. persan, art. 924.

dans le chapitre du concours des héritiers du second ordre dans la succession chiite. C'est ce qui nous est indiqué aussi par le C. civ. persan dans le chapitre intitulé : « La part héréditaire des héritiers de second ordre », art. 910 et suivants.

Une autre différence fondamentale qui sépare sur ce même point la doctrine chiite de celle des trois précédentes écoles sunnites, est le concours entre l'aïeul d'une part et les descendants des frères et sœurs germains ou consanguins de l'autre. Tandis que dans le droit chiite la règle est, comme nous le savons, d'élever les descendants au rang de leur auteur, et de leur attribuer la part qui lui revenait, tandis que dans cette législation suivant cette règle les enfants des frères et sœurs remplacent leur auteur pour participer au partage de la succession en concours avec l'aïeul et en général avec un ascendant quelconque, chez les sunnites des écoles susmentionnées les descendants des collatéraux ne viennent jamais en concours avec l'aïeul, et si les représentants du premier degré d'ordre collatéral sont tous disparus, l'aïeul procède seul à l'acquisition de l'héritage entier.

Les descendants des collatéraux forment, suivant cette doctrine un ordre tout à fait à part et postérieur à celui de l'aïeul et des collatéraux privilégiés. Sur ce point ces trois écoles s'accordent de nouveau avec la doctrine hanafite qui décide elle aussi l'exclusion des neveux par l'aïeul (1).

Dans l'étude de l'article 898 du C. civ. persan qui nous occupe en ce moment nous n'allons pas épuiser la liste des héritiers asibs visés par cet article. Nous nous contentons de brèves explications que nous avons jugées nécessaires de donner au sujet de deux groupes d'héritiers de cet ordre qui sont d'ailleurs les plus importants : le fils et les frères et sœurs. L'étude des autres groupes d'héritiers de l'art. 898 sera entamée lorsque nous traiterons plus loin du concours des héritiers de différents groupes.

Il nous reste pour clore le chapitre des parts assignées dans le C. civ. persan, à dire quelques mots sur l'art. 905 qui a trait à la théorie de radd.

*L'étude de l'art. 905.* — Qu'est-ce que la théorie de radd, à quelle fin répond-elle et sur quel texte légal base-t-elle explicitement ou implicitement son existence ?

---

(1) Voir Margais, pp. 61-62.

Nous savons en effet que les trois articles 896, 897 et 898 déterminent (en dehors de l'Etat) la liste de tous les successibles du droit persan. Ces trois articles disent en plus, si ces héritiers succèdent au défunt à titre de fard ou bien à titre de parenté ou bien à ces deux titres conjointement. Suivant ces articles, celui des héritiers qui succède à titre de fard ne pourra donc pas succéder à titre de parenté, sauf au cas où son nom figure parmi ceux qui héritent à la fois à ces deux titres. Qu'est-ce donc que cette théorie de radd et quel point nouveau ajoute-t-elle aux points que nous avons indiqués dans les présentes lignes ?

La théorie de radd en doctrine chiite veut établir justement un point nouveau. Elle veut dire que parmi des héritiers qui sont exclusivement héritiers à fard, il y en a certains qui, malgré la non insertion de leur nom parmi les héritiers bénéficiaires des deux titres, peuvent néanmoins profiter du surplus de l'héritage, ou bien parce qu'il n'existe dans la succession que des asibs d'un ordre plus éloigné que celui auquel appartient l'héritier fard en question, ou bien parce qu'il n'y a plus du tout d'héritiers proprement dits dans la succession. En effet, si la théorie de radd n'existait pas, nous devrions admettre dans le premier cas l'attribution du reliquat aux héritiers asibs d'ordre postérieur, et dans le second cas l'attribution de ce même reliquat à un successible qui n'est autre que l'Etat. Et comme à la suite de la théorie de radd ce reliquat doit être attribué dans la doctrine chiite à ceux des héritiers qui sont exclusivement héritiers à fard, il devient clair, que le radd qui signifie littéralement la remise (sous entendu, « de l'excédent ») doit être appliquée au profit des héritiers visés par l'art. 896 à savoir la mère, l'épouse et l'époux.

Mais la nature juridique de la part héréditaire de la mère et du conjoint survivant est différente. Tandis que la mère est une héritière à fard qui est en plus placée avec les descendants et le père dans le premier ordre parmi les successibles, le conjoint survivant n'est attaché à aucun ordre distinct. Il peut venir à la succession en concours avec tous les héritiers à quelque ordre, degré ou ligne qu'ils appartiennent.

Donc si à l'encontre de la mère il est exact de dire que l'excédent sera attribué à celle-ci même si des asibs appartenant aux ordres postérieurs subsistent, il ne sera pas juste d'en dire autant lorsqu'il s'agit du conjoint survivant, puisque lui-même n'ap-

partient à aucun ordre distinct, et les héritiers fards ou asibs par le fait même de leur présence à quelque degré, ordre ou ligne qu'ils appartiennent interviennent dans le partage et profitent du reliquat de la succession. Si donc la loi parle d'un reliquat et dit que ce reliquat doit être attribué au conjoint survivant, il résulte de ce qui précède, que l'hypothèse d'une telle attribution ne se présente qu'au seul cas où le conjoint est en concours avec l'Etat. L'Etat c'est le seul successible qui est considéré par rapport au conjoint survivant, héritier plus éloigné.

Mais il faut ajouter tout de suite et d'ailleurs nous avons rencontré ce point en étudiant la part héréditaire du conjoint survivant, que la loi ne traite pas le mari et la femme de la même façon. Tandis que le mari s'attribue le reliquat de la succession en excluant l'Etat de toute participation, la femme, suivant l'opinion qui a prévalu, ne profite pas de cet avantage. Quoiqu'il en soit, l'art. 905, dont nous avons précédemment étudié plus à fond, à l'occasion de la théorie de tasib, déclare sur le point qui nous occupe en ce moment, que si après le prélèvement des fards il n'y a pas d'héritiers asibs d'ordre égal, l'héritier fard bénéficie du reliquat de la succession, sauf s'il s'agit de l'époux survivant, auquel cas seul le mari profite du surplus de l'héritage s'il n'existe dans la succession aucun autre héritier.

Nous connaissons l'importance doctrinale de cet article et la divergence profonde entre la doctrine chiite d'où cet article a été inspiré d'une part, et toute la doctrine et toute la législation sunnites d'autre part. En ne traitant pour le moment que de la part assignée, nous nous bornons au sujet de l'art. 905 à des explications qui s'y rapportent directement.

§ 4. — *Comparaison entre l'institution de la part assignée du Code civil persan et la part légale des héritiers naturels et du conjoint survivant du droit français.*

Il n'est pas téméraire d'établir une comparaison entre la part assignée du Code civil persan d'une part et les héritiers visés par les lois du 25 mars 1896 et du 9 mars 1891 du Code civil français de l'autre, lois qui concernent la part successorale des enfants naturels et du conjoint survivant.

Nous savons déjà que la part assignée en droit musulman est toute autre chose que la réserve héréditaire. L'institution de la



réserve et de la quotité disponible du droit français ont leur équivalent en droit musulman avec les traits à peu près identiques.

L'institution de la part assignée en droit musulman répond à une toute autre considération. Elle a des points de ressemblance avec la part légale des héritiers naturels et du conjoint survivant du droit français.

Quelques larges que soient les dispositions du Code civil persan en matière de part assignée, laquelle vise la plus grande majorité des héritiers, quelques restreintes que soient au contraire les dispositions du Code civil français sur cette même matière qui ne vise que deux catégories seulement de successeurs, on peut entrevoir néanmoins la similitude qui règne dans le fond de l'esprit de ces deux législations.

Que veut établir au juste le Code civil persan en décrétant une série d'articles et en déterminant ainsi les droits respectifs des héritiers entre eux, le droit des fards contre les asibs ?

Que veut, d'autre part, le Code civil français en déterminant par deux lois relativement récentes, les droits respectifs des héritiers naturels en face des héritiers légitimes, d'une part, et celui du conjoint survivant dans la succession de son coconjoint pré-mourant, de l'autre ?

Dans les deux cas il semble que le législateur ait agi en vue de sauvegarder les intérêts trop négligés de certains héritiers que les vieilles considérations sociales méconnaissent totalement ou partiellement. La justice sociale serait méconnue si l'on abandonnait le sort des plus faibles à la discrétion des plus forts.

Les héritiers fards étaient avant le législateur arabe, aussi désavantagés par rapport aux asibs que les héritiers naturels du droit français par rapport aux héritiers légitimes avant l'intervention de la loi du 25 mars 1896. Des textes légaux sont formulés par cette loi dans le même but visé par la législation islamique pour protéger les droits méconnus.

Lorsque la loi du 25 mars dans son article premier qui abroge les dispositions précédentes du Code civil sur le droit successoral de l'enfant naturel nous déclare dans un texte qui forme aujourd'hui l'article 758 du Code civil, que l'enfant naturel en présence des descendants légitimes a dans l'héritage de ses père et mère droit à la moitié de ce qu'il aurait eu s'il eut été légitime,

elle correspond parfaitement au contenu de l'article 907, alinéa 3 du Code civil persan qui nous déclare que la fille du défunt prend dans la succession de ses père et mère une part égale à la moitié de celle qu'elle aurait eu si elle avait été du sexe masculin.

D'autre part, dans le Code civil français, suivant la loi du 25 mars 1896, à mesure que les héritiers plus proches disparaissent l'enfant naturel prend une part plus élevée. Ainsi tandis qu'en présence des héritiers légitimes, il avait droit à la moitié de la part de chacun de ceux-ci, en présence des ascendants ou des collatéraux privilégiés et de leurs descendants il a droit aux  $\frac{3}{4}$  de la part d'un enfant légitime. Il a la totalité du patrimoine dans tous les autres cas.

Il en est de même pour les héritiers fards du droit islamique avec, toutefois, cette différence que comme la nature juridique de la part des héritiers du droit islamique est de beaucoup plus complexe, la détermination de leur quote-part est, de même, beaucoup plus compliquée. Mais le principe est le même. Aussi, la fille ou la sœur, à mesure qu'elles se trouvent en présence des héritiers de moins en moins asibs, participent dans l'héritage pour une part de plus en plus élevée. Tandis que chacune d'elles a, en présence de son frère, une part égale à la moitié de la part de celui-ci, elles touchent chacune la moitié de la succession en l'absence de ce frère d'asib, la moitié plus une part de reliquat lorsqu'elles se trouvent en présence d'un héritier asib dont le droit est plus fragile, enfin la totalité de la succession dans d'autres cas (même s'il existe parmi les successibles, des héritiers asibs plus éloignés, et cela au moins dans la doctrine chiite).

Il en est de même pour la loi du 9 mars 1891 sur la part d'usufruit du conjoint survivant.

Ici encore la loi française a voulu réparer dans la mesure du possible les désavantages que le titre de successeur irrégulier engendrait autrefois au conjoint survivant, en lui attribuant une part qui ne peut ni dépasser le maximum ni descendre au-dessous du minimum.

Toutefois, la législation islamique a reconnu au conjoint survivant le titre d'héritier légitime et non pas de successeur irrégulier comme en droit français.

Quoiqu'il en soit, l'esprit qui a inspiré dans les deux législations l'institution à laquelle nous venons de faire allusion est semblable dans l'un et dans l'autre cas. Seulement l'envergure de la matière dépasse dans la législation islamique toutes les prévisions. Tandis que dans la législation française les deux lois en question n'étaient qu'une tentative pour relever les deux catégories d'héritiers de leur ancienne incapacité, dans la législation islamique, l'institution des parts assignées est une base sur laquelle est fondé l'ensemble de la succession. On n'est pas, dès lors, loin de penser que dans la législation islamique, pour la plus grande majorité des héritiers l'incapacité en matière de succession est la règle et la capacité est l'exception.

#### SECTION V. — DU CONCOURS DES DIFFÉRENTS ORDRES D'HÉRITIERS

Le contenu du chapitre VI de la succession auquel nous arrivons maintenant est d'une importance capitale. L'étude des matières que nous avons traitées jusqu'ici, ne constitue, dans l'esprit du Code, qu'un échelon pour atteindre ce point. Déblayant dans ses différents chapitres le terrain, le Code civil dans le chapitre VI envisage les cas pratiques du concours des héritiers de chaque ordre en édictant des solutions appropriées, inspirées par les règles générales posées dans les chapitres précédents.

Avant d'aborder l'étude des différentes sections de ce chapitre, essayons de préciser les idées générales qui dominent la réglementation de ces dispositions.

#### *Système de la parentèle germanique ou l'ordre successoral du droit français*

La première question qui se pose est de savoir si l'esprit du C. civ. persan est apparenté au système germanique de parentèle ou bien se rattache plutôt à l'ordre successoral du droit français.

Entendons M. Marçais qui, en parlant de la classification des héritiers âsibs chez les sunnites, émet le jugement suivant : « ...trois sur quatre des ordres... établis, sont des véritables parentèles » (1). M. Marçais parle dans son traité de la classification des âsibs chez les hanafites.

---

(1) Voir Marçais, *op. cit.*, p. 62.

Ceux-ci à l'encontre des 3 autres rites ont admis quatre ordres d'héritiers âsibs : les descendants, les ascendants, les frères et leurs descendants, enfin les oncles et leurs descendants.

On a formulé cette idée dans les termes suivants : « la branche du *de cujus*, la branche du père du *de cujus*, la branche du grand-père du *de cujus* » (1).

Il est vrai que l'auteur après avoir exposé cette idée d'une façon générale, nous indique de nombreuses exceptions qui amoindrissent beaucoup la valeur primitive de la règle.

En ce qui concerne le C. civ. persan nous pouvons en principe poser nettement la règle de la parentèle et dire que la succession est dévolue en premier lieu aux successibles attachés directement au *de cujus*, en second lieu à ceux attachés au père du *de cujus* et en 3<sup>e</sup> lieu à ceux attachés au grand-père du *de cujus*.

Cette méthode est suivie beaucoup plus strictement dans le C. civ. persan inspiré par le droit chiite, que dans le système des banafites et dans le système des trois autres rites. Mais nous ne pouvons nous rendre compte de la juste valeur de ce principe qu'en comparant l'esprit du C. civ. persan avec le système de la parentèle du droit germanique.

En second lieu il convient d'examiner si la fente du droit coutumier français a trouvé son équivalent dans le système du C. civ. persan qui distingue la parenté paternelle de la parenté maternelle.

Avant qu'une étude approfondie nous donne la possibilité d'émettre une opinion sur ce point nous croyons cependant juste de dire que si l'esprit de la fente coutumière française ne correspond pas tout à fait à l'esprit de ce que par analogie nous avons appelé la fente du droit civil persan, il existe néanmoins une certaine ressemblance qu'on pourrait mieux discerner à la lumière de l'étude de la fente du droit français. Une comparaison s'impose.

Examinons donc successivement les deux institutions de la parentèle et de la fente en les appliquant au régime successoral du Code civil persan.

---

(1) Voir Marçais, *op. cit.*, p. 62.



I. — *La parentèle*

L'origine du système des parentèles est fort discuté. L'opinion qui prévaut, la rattache à l'origine germanique. Ce système consiste à attribuer la succession à des parentèles successives, c'est-à-dire à tous les parents du défunt qui descendent d'un auteur commun. Ainsi, on appelle à la succession en premier lieu tous les parents qui ont pour auteur commun le *de cujus* lui-même, c'est-à-dire les enfants du *de cujus* et leurs descendants ; en second lieu tous les parents qui ont pour auteur commun le père et la mère du *de cujus* eux-mêmes y compris, c'est-à-dire le père et la mère, les frères et les sœurs, les neveux et les nièces, les petits-neveux et les petites-nièces; enfin, en troisième lieu, tous les parents qui ont pour auteurs communs les grands-pères et les grand'mères paternels et maternels, eux-mêmes y compris, c'est-à-dire les grands-parents, les oncles et les tantes, les cousins et les cousines et les descendants de ceux-ci. Le premier ordre est appelé la parentèle des descendants, le second est appelé la parentèle des ascendants et le troisième est appelé la parentèle des grands-parents.

Si nous consultons les articles du Code civil suisse en cette matière, inspiré par le droit germanique et adoptant par conséquent le système des parentèles, nous lisons dans les 4 articles 457 et suiv. toute la réglementation de la dévolution de l'héritage aux héritiers, suivant ce système.

Ces articles sont rédigés avec une clarté et une simplicité saisissantes.

Que fait le Code civil français sur cette matière ? Le Code civil français, après avoir rejeté le système des parentèles germaniques adopté par la législation révolutionnaire (1), a admis la présomption d'affection du défunt et a appelé les héritiers à la succession, non pas suivant les règles de parentèle, mais suivant le degré de l'affection présumée.

---

(1) La législation révolutionnaire avait adopté le système de parentèle non pas tout à fait dans le sens que nous avons indiqué plus haut mais avec une modification.

La part héréditaire était dévolue selon ce système non pas en premier lieu à l'auteur commun et ensuite aux descendants, mais dans l'ordre inverse, c'est-

Aussi les héritiers furent rangés dans l'ordre suivant :

les descendants ;

les collatéraux privilégiés en concours avec les père et mère ;

les ascendants ordinaires ;

les collatéraux ordinaires.

On adresse à juste titre les critiques fondées, croyons-nous, au système français qui, en adoptant la présomption, ne peut pas rester à l'abri de l'arbitraire.

Nous savons déjà que le législateur de 1804 ne pensait pas aller jusqu'au bout de sa logique et n'admettait pas toutes les conséquences de la présomption légale d'affection qui s'imposaient pourtant. Il n'a pas voulu primer les père et mère au profit des collatéraux privilégiés et leurs descendants qui tenaient cependant dans l'esprit du législateur une place prépondérante. Alors, il a admis dans son article 751 la disposition selon laquelle les ascendants privilégiés viennent en concours avec les collatéraux privilégiés et leurs descendants, chacun pour un quart de la succession, si le *de cujus* n'a pas laissé de postérité.

D'autre part, tandis que dans le second ordre la préférence était accordée, en principe, aux collatéraux privilégiés sur les père et mère, au contraire lorsqu'il s'agit du troisième et du quatrième ordre, la préférence est nettement accordée aux ascendants ordinaires. Les quatre aïeuls et aïeules sont présumés occuper une place plus tendre dans l'affection du *de cujus*.

A part ces confusions qui sont inséparables de la présomption légale, d'autres dérogations interviennent par le fait de la représentation et de la règle de la fente.

A la représentation du droit français (art. 745 du Code civil français) on objecte avec raison que l'héritier étant écarté de la succession par l'indignité de son auteur, par le fait de renonciation de ce dernier, et par l'impossibilité de représenter « per saltum et omissio medio », le principe de la présomption de l'affection adopté primordialement par le législateur reçoit un coup violent.

Le principe de l'article 744 du Code civil français qui rejette

---

à-dire, d'abord aux descendants de cet auteur commun et ensuite à cet auteur lui-même. Aussi les collatéraux privilégiés primaient les père et mère ; l'oncle et la tante primaient le grand-père et la grand-mère.

la représentation des personnes vivantes est injuste et contraire à l'esprit même de la législation.

La fente de son côté apporte de nouvelles dérogations.

Tantôt nous voyons que l'application de la fente qui consiste en la division en deux parties égales de la succession entre les parents du côté paternel et les parents du côté maternel, fait attribuer une partie de la succession à un vague collatéral éloigné de la ligne maternelle aux dépens d'un collatéral beaucoup plus rapproché de la ligne maternelle.

Tantôt au contraire la fente est atténuée dans son application pour faire valoir la présomption d'affection. C'est le cas de l'art. 752 *in fine*, qui exclut un oncle ou une tante maternels au profit d'un frère consanguin. C'est aussi le cas de l'art. 754 qui donne au père ou à la mère survivant l'usufruit « du tiers des biens auxquels il ne succède pas en propriété ».

De tout cela il résulte une confusion assez fâcheuse dans le système de la dévolution.

*Système Code civil persan.* — Que fait maintenant le Code civil persan ? — En dépit d'apparence il n'a adopté ni l'un ni l'autre système. Quoique la règle rapportée plus haut « la branche du *de cujus*, la branche du père du *de cujus* et la branche du grand-père du *de cujus* » ait été rigoureusement suivie par le Code civil persan, si nous considérons le sens exact que dans le système du droit germanique on prête à la parentèle, nous conviendrons facilement que la précédente formule n'est pas la consécration du système des parentèles du droit germanique.

Tandis que dans le droit germanique l'auteur commun vient à la succession en concours avec la parentèle dont il est l'auteur, tandis que, d'autre part, dans le droit révolutionnaire, cet auteur commun est par contre exclu, dans le droit persan cet auteur commun est mieux traité que dans les deux systèmes précédents. Il vient à la succession avant la parentèle dont il est l'auteur.

Aussi lorsqu'on dit la branche du *de cujus*, cela veut dire tous ceux qui sont rattachés au défunt en principe immédiatement et directement, c'est-à-dire, ses père et mère et ses enfants. Lorsqu'on dit la branche du père du *de cujus*, cela veut dire tous ceux qui sont attachés au père du défunt, en principe immédiatement et directement, c'est-à-dire, d'une part, les grands-parents du *de cujus* et, d'autre part, ses collatéraux privilégiés. Enfin, lorsqu'on dit la branche du grand-père du *de cujus*, cela veut dire

tous ceux qui sont attachés en principe directement au grand-père du défunt.

On voit donc bien que dans ce système l'auteur commun de chaque parentèle est au point de vue successoral placé dans un ordre antérieur à celui de la parentèle à laquelle il sert comme une sorte de noyau central.

Ainsi l'ordre des successeurs dans le Code civil persan est établi de la façon suivante :

1° Le père, la mère et les enfants du défunt.

2° Les grands-parents et les collatéraux privilégiés du défunt.

3° Enfin les collatéraux ordinaires.

Mais, nous avons souligné plus haut que la branche de chaque auteur est composée des héritiers qui sont attachés *en principe* directement et immédiatement à cet auteur. Nous avons ajouté le mot « en principe » parce qu'en fait, cette règle n'est pas rigoureusement appliquée.

Dans la ligne descendante, les petits-enfants et dans la ligne collatérale les neveux et les nièces quoiqu'ils ne soient pas immédiatement attachés à l'auteur commun, participent à la succession si dans leur ordre respectif les représentants des degrés précédents font défaut.

De même dans la ligne ascendante, les ascendants plus éloignés remplacent les ascendants disparus du degré plus proche. Il n'y a à cela qu'une seule exception, C'est le cas des grands-parents lesquels ne remplacent pas les père et mère pour concourir avec les descendants du *de cuius*.

Ces exceptions sont le résultat de la même considération que nous avons remarqué dans le Code civil français, à propos de la présomption de l'affection du défunt à l'égard de ses héritiers.

Les petits-enfants du défunt dans le premier ordre, ses neveux et nièces dans le second ordre, les descendants des collatéraux ordinaires dans le troisième ordre sont présumés chacun dans leur ordre, et à défaut d'héritier de degré plus proche, occuper la place immédiatement après les représentants du degré précédant dans l'affection du *de cuius*.

On peut donc classer les successibles du Code civil persan dans l'ordre suivant :

1° Le père, la mère, les enfants et les petits-enfants du *de cuius*.



2° Les grands-pères et les grand'mères paternels et maternels et autres aïeuls et aïeules paternels et maternels, les collatéraux privilégiés et les descendants de ceux-ci à l'infini.

3° Enfin les collatéraux ordinaires, c'est-à-dire les oncles et tantes paternels et maternels et leurs descendants à l'infini.

Le père et la mère sont, en droit persan tout comme en droit suisse, préférés aux collatéraux privilégiés. Cela nous rapproche de la conception du système de la parenté suisse. Mais il nous éloigne de la législation suisse en ce que le privilège des père et mère n'est pas seulement en degré mais en ordre. Ceux-ci sont dans le tableau successoral placés en premier ordre et non pas comme dans le Code civil suisse en second.

La représentation faisant défaut dans le système du Code civil persan, dans la ligne descendante des différents ordres, les héritiers du degré plus éloigné sont exclus tant qu'il existe un représentant du degré plus proche même d'une autre branche.

Par contre dans la ligne ascendante, la parenté paternelle étant distincte de la parenté maternelle, les représentants plus proches d'une branche n'excluent pas les représentants plus éloignés d'une autre branche. Une sorte de fente s'applique en la matière.

Enfin dans la ligne collatérale le privilège de double lien, similaire dans une certaine mesure à celui du droit coutumier en France, — avec un peu plus de complication, — submerge l'institution. La complication à laquelle nous faisons allusion vient de ce que le privilège de double lien est greffé au privilège de la parenté paternelle sur la parenté maternelle. Les utérins ne doivent donc pas être traités de la même façon que les germains ou les consanguins.

Nous voyons donc que l'ordre successoral des héritiers dans le Code civil persan est loin d'atteindre la clarté, la concision et la perfection des codifications récentes.

Reproduisant fidèlement la succession musulmane secte chiite, il a codifié un système juridique successoral déjà veilli qui a besoin sur plus d'un point d'un remaniement profond.

II. — *La fente*

Nous connaissons dans l'ancienne France l'existence de deux législations nettement distinctes de pays de droit coutumier et de pays de droit écrit. Tandis que dans le midi de la France, pays du droit écrit, c'était en principe la législation du droit romain qui régissait, dans le nord, pays du droit coutumier, c'était la législation d'origine germanique.

La caractéristique du droit coutumier était d'abord sa variété suivant les pays et ensuite, en matière de succession, la distinction de nature et d'origine des biens, lorsque le défunt n'avait pas laissé de descendants, et, enfin, l'existence de certains privilèges.

En ce qui concerne la nature et l'origine des biens, on distinguait tout d'abord les biens meubles et immeubles.

Pour les premiers il n'y avait pas de règles spéciales. Loysel disait : « Meubles ne tiennent côté ni ligne » (1).

Pour les seconds, « on distinguait les fiefs, les censives et les autres biens » (2).

On subdivisait ces derniers en propres et en acquêts. Les propres étaient des biens transmis par succession. Les acquêts étaient ceux acquis par le propriétaire à la suite d'une initiative personnelle telle, par exemple, l'achat de l'immeuble. Les propres devaient rester dans la famille et on devait, par conséquent, rechercher l'origine de ces biens pour les allouer à l'auteur de son acquisition ou à ses héritiers.

Pour chercher cette origine, les coutumes différaient selon les pays. De là, la coutume de *simple côté*, celle de *côlé et ligne* en enfin celle de *souchère*. Partout la règle *paterna paternis, materna maternis* était en vigueur. Suivant cette règle, on attribuait les biens provenant de la ligne paternelle aux parents du côté paternel, et ceux provenant de la ligne maternelle aux parents du côté maternel.

---

(1) Voir Baudry-Lacantinerie, *Traité du droit civil. Des successions*, 3<sup>e</sup> éd. 1905, t. I, p. 240,, note 2.

(2) *Ibid.*, même page.

Les acquêts, au contraire, se partageaient indistinctement, et sans égard de l'origine et de la nature des biens entre les héritiers. On partageait la masse des biens en deux parties égales. On attribuait une partie aux parents du côté paternel, et une autre partie aux parents du côté maternel. C'est là la règle de la fente. Et s'il s'agissait d'un nouveau partage de ces biens, entre les différentes branches d'une même ligne, on disait qu'il y avait refente, et ainsi de suite.

Il pouvait arriver qu'un parent appartienne à la fois aux deux lignes paternelle et maternelle. Tel est le cas de collatéral germain par exemple. Que fallait-il décider en ce cas ? Logiquement, il fallait lui attribuer deux parts dont il recevrait l'une dans la branche paternelle et l'autre dans la branche maternelle. La conséquence serait dès lors que le collatéral consanguin ou utérin ne recevrait qu'une seule part provenant de la branche à laquelle il appartient.

Mais il en fut autrement et les germains, moyennant le privilège de double lien exclurent complètement les collatéraux qui n'étaient attachés au *de cujus* que par un seul et unique lien.

Le principe du privilège de double lien annihila la dévolution héréditaire des collatéraux consanguins et utérins.

Au reste, les diverses coutumes différaient beaucoup entre elles, sur les détails de la matière.

Qu'a fait le droit révolutionnaire ? Il a maintenu la règle de la fente lorsque la succession devait revenir aux héritiers autres que les descendants. Et l'œuvre bizarre de la législation révolutionnaire consiste en ce que chacune des deux parts devait être dévolue (comme nous l'avons constaté plus haut) « non pas au parent le plus proche du défunt, mais aux parents qui descendaient de l'ascendant le plus proche du défunt » (1).

Quant au Code civil de 1804, il a admis le principe de la fente tout en changeant le sens du droit coutumier. Sans maintenir la distinction du droit coutumier entre l'origine et la nature des biens, le Code civil a généralisé la règle *paterna paternis* aux propres comme aux acquêts et il l'a appliquée à la masse totale des biens.

---

(1) Voir Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 1929, t. III, p. 377, 3°.

Dans son article 733, le Code civil divise les biens héréditaires en deux parts égales dont l'une sera attribuée aux parents de la ligne paternelle, et l'autre aux parents de la ligne maternelle.

D'autre part, l'article 755, alinéa 2, dit que « à défaut de « parents au degré successible dans une ligne, les parents de « l'autre ligne succèdent pour le tout ».

Enfin, le Code civil n'a pas maintenu le privilège de double lien, et accorde à chaque collatéral la part qui lui revient dans sa branche. L'article 733 nous dit, d'une façon plus générale, que « les parents utérins ou consanguins ne sont pas exclus par « les germains, mais ils ne prennent part que dans leur ligne.... « Les germains prennent part dans les deux lignes ».

Il n'y a, selon ce même article *in fine* « de la dévolution d'une « ligne à l'autre, que lorsqu'il ne se trouve aucun ascendant ni « collatéral de l'une des deux lignes » (1).

*Que fait le Code civil suisse en matière de la fente ?* — Il ne l'érige pas en une règle générale. Il laisse simplement par le jeu du mécanisme de la succession partager l'héritage en deux parties égales. Puisque d'une part, à défaut des descendants du *de cujus*, ce sont seulement ses père et mère qui viennent à la succession par tête, et puisque dans chaque ordre le degré plus proche doit exclure les degrés plus éloignés, il en résulte donc, que par le fait de la dévolution des biens aux père et mère, la succession est répartie en deux parts distinctes. L'une qui va au père et à son défaut aux enfants de celui-ci ou leurs descendants. L'autre, qui va à la mère et à son défaut aux enfants de celle-ci ou à leurs descendants. Par ce moyen, le Code civil suisse respecte en même temps les dispositions relatives au principe du double lien, puisque les collatéraux germains recueillent une part entière moitié dans la succession du père, et moitié dans la succession de la mère, tandis que les collatéraux consanguins et utérins recueillent seulement la part qui leur revient du chef de leur auteur (1).

A l'intérieur de chaque ordre, le partage se fait par souche et la dévolution de la totalité des biens au profit de l'une des deux lignes ne peut avoir lieu qu'au cas du défaut de représentants

---

(1) Voir les critiques formulées par MM. Colin et Capitant au sujet de la fente du C. civ. dans l'*ouvr. cit.*, p. 378.



dans l'autre ligne. Ainsi lorsque le *de cujus* n'a laissé ni frères ni sœurs, ni descendant de frères et sœurs, « le survivant de ses père et mère recueillera toute la succession » (2).

Le système est très clair et correspond sinon à la présomption de l'affection, au moins, et sur ce point, sans réserve, avec la logique du système de la parentèle. D'ailleurs en ce qui concerne l'affection présumée du défunt, il faut convenir que ce système la respecte en fait suffisamment. Le père, la mère, les collatéraux privilégiés, les neveux et les nièces ont, à peu près, la même place dans l'affection du défunt.

Si nous constatons que les collatéraux retrouveront plus tard dans la succession de leurs père et mère la partie du patrimoine du *de cujus* qui leur avait été attribuée, si nous remarquons d'autre part, qu'au cas du prédécès du père ou de la mère, la part qui lui serait revenue dans le patrimoine du *de cujus*, est attribuée aux collatéraux privilégiés ou à leurs descendants, nous convenons facilement que l'affection du *de cujus* envers ces héritiers est dans une très large mesure respectée. Elle est respectée jusqu'au point où il est dans la possibilité d'une législation de prévoir sans heurter les résistances, tous les intérêts en cause.

Examinons maintenant le système du Code civil persan.

### III. — *Le système du Code civil persan*

Il est beaucoup plus compliqué. La fente retrouve son interprétation dans cette législation par la division du patrimoine en trois parties. Deux parties vont aux parents du côté paternel et une partie aux parents du côté maternel. Mais il ne faut pas se tromper sur l'origine de cette institution. Il n'y a pas de considérations de nature ou d'origine des biens qui importent, mais il y a, au contraire, le privilège de masculinité qui est à la base de ce partage.

---

(1) Voir Paul Leuba, *op. cit.*, p. 21.

(2) *Ibid.*, p. 25.

Dans l'ancien droit coutumier français, quelques compliquées qu'étaient les règles concernant la nature et l'origine des biens, une fois qu'elles étaient résolues, il n'y avait pas de difficultés de calcul qui eussent rendu le problème de la dévolution d'une complication inextricable. Dans la fente du droit français, la part revenant à chaque ligne se partage entre les représentants de cette ligne par tête ou par souche. Dans le système du droit persan, au contraire, la fente s'applique non seulement au premier degré des héritiers, mais aussi à l'intérieur de chaque ligne, à la part revenant à cette ligne, et cela, indéfiniment, tant qu'il y a des héritiers utiles de différentes branches dans la succession. Ainsi, si nous supposons par hypothèse, la présence à la fois des huit ascendants du défunt, c'est-à-dire les grands-pères et les grand-mères paternels et maternels du père du défunt, et les mêmes grands-parents de sa mère, la succession, suivant notre règle, doit être partagée d'abord en trois parties égales, dont deux reviennent aux grands-parents du côté paternel et une à ceux du côté maternel.

Ensuite les deux tiers du côté paternel se subdivisent à leur tour en trois parties dont deux parties seront attribuées aux père et mère du grand-père du défunt, le père recevant deux parts et la mère une part, et la troisième sera attribuée aux père et mère de la mère du père du défunt, qui se partageront cette part, eux aussi, à raison de la double part pour le mâle. Enfin le tiers du total du patrimoine qui était accordé aux grands-parents maternels sera divisé entre les quatre représentants, cette fois par tête et non à raison de la double part. La raison de cette dérogation apparente est que la parenté paternelle ou maternelle s'applique à l'égard du défunt lui-même et non dans le rapport des parents entre eux. Or, à ce point de vue, il n'y a pas de doute que les grands-parents maternels du défunt sont tous attachés à celui-ci par une femme qui ne jouit pas du privilège de masculinité. Nous reviendrons du reste sur ce point.

Nous voyons donc à quelle complication nous amène la fente du Code civil persan. Et pourtant il faut avouer que l'exemple cité en cet endroit est parmi les plus simples et les plus classiques qui existent en la matière. Nous examinerons plus loin le cas de concours des descendants et des collatéraux, et nous verrons que si heureusement en pratique, des hypothèses de ce genre se présentent assez rarement, il n'est pas moins vrai que

le système lui-même est plein de difficultés. Nous verrons aussi qu'à mesure que nous éloignons des héritiers du premier ordre, les difficultés et les complications s'agrandissent.

D'autre part en ce qui concerne les collatéraux, le Code civil persan a adopté une réglementation tout à fait spéciale pour chaque catégorie de ces héritiers.

Le germain, comme dans l'ancienne coutume française, exclut complètement le consanguin, mais il n'exclut pas l'utérin. Seulement celui-ci participe pour une part minime à la succession. Il participe pour  $\frac{1}{6}$  s'il est unique, et pour  $\frac{1}{3}$  s'ils sont nombreux. Les  $\frac{5}{6}$  ou les  $\frac{2}{3}$  suivant les cas reviennent au germain. Le consanguin qui, en présence de germain, était complètement exclu, prend la place de celui-ci à son défaut et exerce les mêmes droits et les mêmes prérogatives à l'encontre de l'utérin.

Mais malgré les difficultés de la fente et du concours des différents ordres d'héritiers, il faut cependant avouer que le Code civil persan, en suivant la ligne tracée par la doctrine chiite a simplifié les choses en évitant le concours des différents ordres d'héritiers admis par la doctrine sunnite suivant le principe dit *ta'sib*. Combien de nouvelles complications pourraient surgir si aux difficultés précitées, s'en greffaient d'autres venant de la promiscuité des différents ordres d'héritiers et du concours épineux de leurs représentants respectifs.

Pour être aussi net que possible, nous mettons de côté tous les éléments étrangers au Code civil persan, et nous allons, après cette étude d'ordre général, examiner le concours des héritiers de chaque ordre, tel qu'il est adopté par la législation persane de la succession.

### § 1<sup>er</sup>. — *Le concours des héritiers de premier ordre*

Nous n'avons pas longtemps à nous attarder sur les héritiers de cet ordre. Leur cas est le plus net de tous les autres ordres. Nous rappelons brièvement les principes régissant leur concours en les appuyant au besoin sur des exemples pratiques.

Les principes régissant le concours de ces héritiers sont :

1° Ces héritiers sont appelés dans la doctrine « la branche du

*de cujus* ». Ils sont dans la ligne ascendante le père et la mère du défunt, et dans la ligne descendante ses enfants et en leur absence ses petits-enfants, et ainsi de suite.

2° La part assignée de chacun des père et mère est  $\frac{1}{6}$  de la succession. C'est leur part minimum. Toutefois, chacun d'eux peut obtenir dans la succession une part plus élevée. Ce surplus est réglé en principe de la façon suivante :

A) En ce qui concerne le père ce surplus lui revient en qualité d'asib à titre de remise de l'excédent ;

B) En ce qui concerne la mère il faut envisager deux cas distincts :

a) Lorsqu'il n'y a pour le défunt ni enfants, ni collatéraux, la mère reçoit un tiers au lieu d'un sixième.

b) Lorsqu'il y a dans ligne descendante une fille unique, la mère, en concours avec le père et la fille, reçoit en plus de  $\frac{1}{6}$ , une part dans l'excédent.

3° La part assignée d'une fille unique est la moitié de la succession et celle de deux ou plusieurs filles est de  $\frac{2}{3}$ .

4° Quand il y a un fils dans la ligne descendante, chacun des père et mère reçoit sa part réduite au minimum, et le reste de la succession sera partagé entre les descendants ou bien par tête, s'il n'y a que des fils, ou bien à raison de la double part pour le mâle, si les fils sont en concours avec les filles.

5° Enfin, les petits-enfants ne viennent à la succession qu'autant que les descendants du degré précédent ont complètement disparu. Ils viennent en concours par souche et à l'intérieur de chaque souche, le partage s'accomplit à raison de la double part pour le mâle. S'ils sont de degrés différents le degré le plus proche exclut les degrés plus éloignés.

Voilà en quelques mots les principes essentiels de la dévolution des héritiers du premier ordre.

Les différentes hypothèses qu'on peut imaginer dans ce premier cas sont les suivantes :

1° Ou bien le *de cujus* n'a pas de postérité ; il n'a que ses père et mère ou l'un d'entre eux.

2° Ou bien le *de cujus* n'a laissé que des enfants ou à leur défaut des petits-enfants. Il n'a laissé ni père ni mère.



3° Ou bien enfin, le *de cuius* a laissé en même temps ses père et mère ou l'un d'entre eux seulement, et des enfants, ou à leur défaut des petits-enfants.

I. — Dans le premier cas, chacun des père et mère hérite de la totalité de la succession s'il est unique. Il exclut tous les autres héritiers d'ordres postérieurs. Il n'y a pas de différence entre le père et la mère sur ce point. Si, au contraire, le père et la mère existent tous les deux, ils se partagent entre eux la succession à raison de la double part pour le père et une part pour la mère, sauf, lorsqu'il y a des collatéraux privilégiés dans le second ordre, auquel cas la mère est frappée d'une exclusion partielle au profit du père. Dans ce dernier cas, la mère reçoit sa part réduite au minimum, c'est-à-dire  $\frac{1}{6}$ . Les  $\frac{5}{6}$  restants seront attribués au père, qui chargé de dépenses d'entretien des enfants du même lit, est favorisé par le législateur dans le partage de la succession.

Les cas que nous venons d'examiner sont tous prévus par l'article 906 du Code civil ainsi conçu :

« Si le défunt ne laisse ni enfants ni petits-enfants de quelque degré qu'ils soient, chacun de ses père et mère reçoit toute la succession s'il est seul, et à raison de  $\frac{2}{3}$  pour le père et de  $\frac{1}{3}$  pour la mère s'ils viennent tous les deux à la succession, sauf au cas d'une exclusion partielle de la mère, auquel cas cette dernière reçoit  $\frac{1}{6}$  de la succession et le père  $\frac{5}{6}$ . »

II. — Si dans la succession ne figurent que des descendants du premier degré, s'ils sont tous des fils ou si ils sont tous des filles, la succession se partage par tête entre eux ou entre elles, et s'ils sont de sexes différents, le fils reçoit une part égale à deux parts de la fille. Si, enfin, l'enfant est unique, il reçoit à l'exclusion de tous les descendants ou héritiers de degré ou d'ordre postérieurs, la totalité de la succession.

L'article 907 nous donne toutes ces hypothèses dans les termes suivants :

« Si le *de cuius* n'a ni père ni mère, mais un ou plusieurs enfants, si l'enfant de l'un ou de l'autre sexe est unique il reçoit toute la succession. S'ils sont nombreux et tous de même sexe ils se partagent entre eux l'héritage par tête. S'ils sont de sexes différents, le fils reçoit le double de la part de la fille. »

III. — Si dans la succession figurent les père et mère du *de cujus* d'une part et ses enfants de l'autre, la plus simple des hypothèses est le cas où parmi les enfants il y a un ou plusieurs fils. Alors chacun des père et mère reçoit  $\frac{1}{6}$  et les  $\frac{4}{6}$  restants seront partagés entre les enfants du *de cujus*, le fils recevant le double de la part de la fille.

Une autre hypothèse encore peu compliquée est celle où il y a dans la succession, les deux parents du *de cujus* d'une part et deux ou plusieurs filles de l'autre. Chacun des père et mère reçoit encore  $\frac{1}{6}$  et les  $\frac{4}{6}$  restants, c'est-à-dire les  $\frac{2}{3}$  de la succession qui sont la part assignée des deux filles ou davantage, seront attribués aux filles qui se partageront entre elles par parts égales.

Mais trois autres hypothèses subsistent qui présentent un peu plus de complications, à savoir :

1° le cas où les deux parents se trouvent en présence d'une seule fille ;

2° le cas où un seul des deux parents se trouve en présence d'une seule fille ;

3° enfin, le cas où un des parents se trouve en présence de deux filles ou davantage.

1° *Deux parents avec une seule fille :*

Chacun des parents reçoit  $\frac{1}{6}$  et la fille la moitié, c'est-à-dire  $\frac{3}{6}$ . Les parts réunies des trois héritiers se montent à  $\frac{5}{6}$ . Il en reste  $\frac{1}{6}$  d'excédent. Il sera partagé entre les trois héritiers au prorata de leur part.

Le  $\frac{1}{6}$  restant doit donc être divisé en cinq parties égales, dont trois parts reviendront à la fille et une part à chacun des père et mère.

Ainsi la part du père sera  $\frac{1}{6} + \frac{1}{5}$  de  $\frac{1}{6}$  restant, c'est-à-dire  $\frac{5}{30}$  ;

La part de la mère sera  $\frac{1}{6} + \frac{1}{5}$  de  $\frac{1}{6}$  restant, c'est-à-dire  $\frac{5}{30}$  ;

Et la part de la fille sera  $\frac{3}{6} + \frac{2}{5}$  de  $\frac{1}{6}$  restant, c'est-à-dire  $\frac{20}{30}$  de la succession.

Mais il peut très bien arriver que dans ce dernier cas la mère soit frappée par la présence des collatéraux d'une exclusion partielle. Dans ce cas, le  $\frac{1}{6}$  restant sera partagé entre la fille et le père seulement, à l'exclusion de la mère.

2° *Un des deux parents avec une seule fille :*

Chacun des héritiers prend sa part assignée. Le père ou la mère  $\frac{1}{6}$  et la fille  $\frac{3}{6}$  : ensemble  $\frac{4}{6}$ . Le surplus sera partagé entre la fille de l'un des deux parents au prorata de leur part. Nous remarquons que la mère dans ce dernier cas, même s'il existe des frères du *de cuius*, n'est pas frappée par leur présence, de l'exclusion partielle dont elle serait frappée si elle venait en concours avec le père. En effet l'exclusion s'appliquait dans l'intérêt du père. Celui-ci faisant défaut, l'exclusion n'a plus d'objectif.

La part de chacun des héritiers se calcule donc de la façon suivante :

La part du père ou de la mère sera  $\frac{1}{6} + \frac{1}{4}$  de  $\frac{2}{6}$  restants, c'est-à-dire  $\frac{3}{12}$ .

La part de la fille sera  $\frac{3}{6} + \frac{3}{4}$  de  $\frac{2}{6}$  restants, c'est-à-dire  $\frac{9}{12}$  de la succession.

3° *Un des parents avec deux filles ou davantage :*

Chacun des héritiers reçoit sa part assignée. Le père ou la mère  $\frac{1}{6}$  et les deux filles ou davantage  $\frac{2}{3}$  ou  $\frac{4}{6}$ .

L'ensemble des parts remonte à  $\frac{5}{6}$  et le  $\frac{1}{6}$  restant doit être partagé entre les héritiers au prorata de leur part originale. La mère dans cette hypothèse n'est pas encore frappée d'exclusion partielle, tout comme dans l'hypothèse précédente. La raison est aussi la même. Ainsi la part de chaque héritier se calcule de la façon suivante :

Le père ou la mère reçoit  $\frac{1}{6} + \frac{1}{5}$  du  $\frac{1}{6}$  restant, c'est-à-dire  $\frac{6}{30}$ .

Les deux filles ou davantage reçoivent ensemble  $\frac{4}{6} + \frac{4}{5}$  de  $\frac{1}{6}$  restant, c'est-à-dire  $\frac{24}{30}$ . Elles se partageront cette part entre elles par tête.

Voilà les différentes hypothèses qui peuvent se présenter en pratique. Les règles posées d'avance par le législateur s'appliquent, nous le voyons, rigoureusement et sans exception. C'est en réalité cette régularité qui rend la question de la dévolution suffisamment simple et méthodique malgré le chevauchement des principes de natures si contradictoires.

Mais à côté des héritiers de premier ordre et en concours avec eux il existe une autre catégorie d'héritiers qui, sans avoir une

place distincte dans l'ordre successoral, vient cependant à la succession. C'est l'époux survivant. Ce concours suscite une série de nouvelles dispositions et, en conséquence, de nouvelles complications.

Nous allons essayer d'extraire les principes substantiels de ce concours.

a) Le conjoint survivant vient dans tous les cas à la succession de l'époux prémourant pour la quote-part à lui réservée par la loi ;

b) Si le *de cujus* a laissé des enfants, la part de l'époux survivant tombe au minimum de la réserve à lui assignée par la loi ;

c) Si le *de cujus* n'a pas laissé d'enfants, la part de l'époux survivant s'élève au maximum de la réserve à lui assignée par la loi avec la possibilité pour le mari seulement, de recevoir l'excédent de l'héritage si toutefois il y en a. La femme est exclue de recevoir cet excédent ;

d) Enfin, si le concours de l'époux survivant provoque dans la succession un déficit (et ce déficit n'est jamais provoqué qu'à la suite du concours de l'époux survivant), la part de ce dernier reste toujours à l'abri de toute réduction.

Toutes ces hypothèses sont prévues par l'article 913 et l'article 914, 1<sup>er</sup> et dernier alinéas.

Pour éclairer les dispositions de ces articles, nous en donnons les exemples suivants :

1° La succession est ouverte au profit des père et mère ou de l'un d'entre eux seulement et du mari. Il n'y a pas de descendant. Chacun des père et mère reçoit sa part et le mari reçoit lui aussi sa part assignée. L'excédent est attribué au père et à la mère ou à l'un d'eux à l'exclusion du mari. Celui-ci reçoit seulement le maximum de sa part assignée à savoir la moitié de la succession.

Dans cette hypothèse, si dans la succession figurent des collatéraux privilégiés, la mère est frappée d'une exclusion partielle. Au cas contraire, elle reçoit le maximum de sa part assignée, à savoir le tiers de la succession. Les deux parts réunies de la mère et du mari montent, dans cette dernière hypothèse, à 5/6, et le père dans la doctrine chiite et dans le Code civil persan ne reçoit



que le reliquat, c'est-à-dire  $\frac{1}{6}$ . Nous connaissons déjà cette hypothèse et la différence de cette doctrine avec celle des sunnites.

2° *exemple*. — La succession est ouverte au profit des ascendants privilégiés, du mari et d'une fille. Les deux parents reçoivent ensemble  $\frac{2}{6}$ , c'est-à-dire le minimum de leur part ; le mari reçoit lui aussi le minimum de sa part, c'est-à-dire  $\frac{1}{4}$  de la succession. Ces réductions sont imposées par la fille aux successibles en question. L'ensemble de ces parts remonte à  $\frac{7}{12}$ . Il n'en reste que  $\frac{5}{12}$  pour la fille. Celle-ci au lieu de sa part assignée qui était la moitié de la succession, c'est-à-dire dans notre hypothèse  $\frac{6}{12}$ , doit supporter le déficit et ne reçoit que  $\frac{5}{12}$ . Nous connaissons encore cette hypothèse et la différence doctrinale entre les Chiites et les Sunnites sur ce point.

3° *exemple*. — Les successeurs en présence sont les deux parents, la femme du défunt et sa fille. Les parts réunies des deux parents sont de  $\frac{2}{6}$  ou  $\frac{8}{24}$ . La part de l'épouse est de  $\frac{1}{8}$  ou  $\frac{3}{24}$ . La part de la fille est de  $\frac{1}{2}$  ou  $\frac{12}{24}$ . L'ensemble de toutes les parts remonte à  $\frac{23}{24}$ . L'excédent de  $\frac{1}{24}$  doit être partagé entre la fille et les deux parents, à l'exclusion du conjoint survivant. La mère qui n'est pas frappée d'une exclusion par le fait de la présence des collatéraux, participera elle aussi à ce partage.

L'excédent sera partagé entre les héritiers, au prorata de leur part originale. Ainsi le dénominateur commun dans notre hypothèse remonte à 120. La part de l'épouse est de  $\frac{15}{120}$  ; celle des parents réunis de  $\frac{42}{120}$ , et celle de la fille de  $\frac{63}{120}$ .

Si, dans l'hypothèse que nous examinons en ce moment, la mère soit exclue de participer au partage de l'excédent, cet excédent doit être alors réparti entre le père et la fille au prorata de leur part primitive.

Ainsi, le dénominateur commun dans une telle hypothèse devient 96. L'épouse reçoit  $\frac{12}{96}$  ; la mère reçoit  $\frac{16}{96}$  ; le père reçoit  $\frac{17}{96}$ , enfin, la fille reçoit  $\frac{51}{96}$ .

4° *exemple*. — Les successeurs en présence sont les parents ou l'un d'entre eux, et l'époux survivant avec les enfants de l'un et de l'autre sexe du *de cuius*. Chacun des héritiers réservataires reçoit sa part assignée, et le surplus est partagé entre les enfants à raison de la double part pour le fils et d'une part pour la fille.

Ainsi, si nous supposons la présence de la mère, de l'époux, d'un fils et d'une fille dans la succession, la mère reçoit  $\frac{1}{6}$  ou  $\frac{6}{36}$  ; le mari survivant  $\frac{1}{4}$  ou  $\frac{9}{36}$  et les deux enfants ensemble reçoivent le reste c'est-à-dire  $\frac{21}{36}$ , dont le fils pour  $\frac{14}{36}$  et la fille pour  $\frac{7}{36}$ .

Pour épuiser le contenu de la section première du chapitre VI du Code, nous devons rappeler que les descendants de degrés successifs du *de cujus* remplacent leur auteur en cas de son prédécès, et à condition qu'il n'existe aucun représentant du degré précédent. Nous connaissons déjà les conditions suivant lesquelles ces petits-enfants sont appelés à participer à la succession.

Enfin l'article 915, vestige de l'ancien droit d'aînesse et de masculinité dit :

« La bague que le défunt avait l'habitude de porter, son Coran, ses hoiries et son sabre appartiennent au fils aîné. Le prix de ces objets ne sera pas imputé sur la part héréditaire de ce dernier, à moins que ces objets constituent la totalité du patrimoine du *de cujus*. »

## § 2. — *Le concours des héritiers du second ordre*

Les héritiers du second ordre sont appelés « la branche du père du *de cujus* ». Cette branche comprend dans la ligne ascendante les grands-parents du défunt, et dans la ligne collatérale, les collatéraux privilégiés et leurs descendants. L'auteur commun de tous ces parents, par lequel ceux-ci sont tous attachés au *de cujus*, est le père de ce dernier. D'où l'appellation de « la branche du père du *de cujus* ».

Avant d'aborder l'étude de la réglementation de la matière dans le Code civil il y a lieu de rappeler en termes concis l'état de la législation sunnite en ce qui concerne les grands-parents du défunt.

A. *La doctrine sunnite de la succession des ascendants.* — Le premier point à relever c'est la distinction très nette entre l'aïeul paternel et tous les autres ascendants du *de cujus*. L'aïeul paternel veut dire tous les ascendants mâles attachés au défunt par une suite ininterrompue de la lignée mâle, le père du père, le grand-

père du père et ainsi de suite. Tandis que cet aïeul, à la suite de l'opinion unanime des jurisconsultes sunnites, tient la place du père et jouit des mêmes prérogatives que le père, les autres ascendants et ascendantes viennent à la succession dans des conditions moins favorables.

D'autre part, l'idée qui doit être dégagée dans l'étude de cette matière est qu'en droit sunnite on a une tendance marquée à préférer dans le tableau de la succession, les ascendants ordinaires du défunt aux collatéraux privilégiés. Cette idée est à la base de la doctrine sunnite.

Pour s'en convaincre, il suffit de citer l'exemple suivant : L'unanimité de la doctrine des quatre écoles orthodoxes admet l'exclusion des collatéraux utérins par l'aïeul. Ce dernier étant le prototype de l'adage « le grand-père est le père », est indiscutablement préféré dans l'ordre aux collatéraux utérins qui sont les plus faibles dans la force du lien de parenté. Ainsi le représentant le plus fort de la ligne ascendante exclut irréductiblement et ce, dans toutes les écoles, le représentant le plus faible de la ligne collatérale. Mais en ce qui concerne les autres représentants des deux lignes, l'opinion n'est pas unanime, et les divergences apparaissent.

Les Hanafites qui, en cette matière, comme d'ailleurs en toutes autres matières juridiques, se basent sur l'analogie beaucoup plus que les trois autres écoles, étendent par analogie juridique cette solution aux autres cas de concours d'aïeul et des collatéraux.

Cette solution est évidemment plus logique. Du moment qu'on assimile le grand-père au père, du moment qu'on exclut le collatéral utérin lorsqu'il est en présence de l'aïeul, n'y aurait-il pas une anomalie, si on permettait la participation des autres collatéraux qui pourtant sont, au point de vue juridique et quant à l'ordre successoral, dans les mêmes conditions que les utérins ?

Evidemment, les jurisconsultes des trois autres écoles ont senti l'injustice qu'ils commettraient en éloignant de l'héritage les frères du défunt — héritiers si proches — par la présence d'un aïeul éloigné. Mais que prouve cette constatation si ce n'est de démontrer que le système en question pèche par la base, que l'assimilation de l'aïeul au père est factice, qu'elle n'a rien de naturel, qu'elle ne se base enfin que sur la vieille idée toujours

obsédante de parenté mâle par le mâle et sur la prérogative d'asaba.

C'est encore cette prérogative de la lignée masculine qui a engendré dans la succession des ascendants, cette série de difficultés, et qui nous amène à la distinction d'une part entre les aïeuls paternels et autres ascendants et ascendantes, et à l'intérieur, d'autre part, entre ces ascendants et ascendantes eux-mêmes.

Nous allons examiner le cas de chaque catégorie de ces ascendants distinctement.

*L'Aïeul.* — On l'assimile, comme nous l'avons dit, au père. Sur les détails, il y a quelques divergences entre les quatre Ecoles. M. Marçais a pu réduire ces divergences en trois points :

Le grand-père peut être assimilé au père sauf sur les points suivants :

1° tandis que le père en concours avec les descendants du *de cujus* pouvait succéder quelquefois aux deux titres de fard et d'asib, suivant certains auteurs, l'aïeul ne peut succéder qu'à titre de fard seulement. Il doit toucher sa part assignée à savoir  $\frac{1}{6}$  et non pas le reliquat de l'héritage après le prélèvement des parts assignées ;

2° en second lieu, tandis que le père dans les deux cas de « gharrouani » faisait subir une réduction de part à la mère (réduction consistant au tiers de ce qui restait après le prélèvement des fards et non pas au tiers de la totalité du patrimoine), le grand-père ne peut pas faire subir à la mère cette réduction.

La mère profite de l'intégralité de sa part assignée ;

3° enfin, tandis que le père empêchait complètement les collatéraux de participer en quoi que ce soit à l'héritage, le grand-père n'exclut, suivant l'opinion unanime des quatre Ecoles, que les utérins seulement. Seuls, les hanafites poussant l'analogie à son extrême, admettent aussi, comme nous y avons fait allusion, l'exclusion des germains et des consanguins. Les jurisconsultes des trois autres Ecoles, Malkites, Chafeïtes et Hambalites n'admettent pas cette exclusion totale (1).

---

(1) Voir Marçais, *op. cit.*, p. 121-122.



Voilà, les trois grandes différences entre le père et l'aïeul. Pour trois Ecoles sunnites qui admettent le concours, un système très compliqué est prévu pour régler les différents cas de ce concours. Ce système dans le langage juridique s'appelle « Mucasamat », c'est-à-dire le partage. Nous avons eu précédemment l'occasion d'analyser brièvement le mécanisme de ce concours et nous savons combien les solutions sont en même temps confuses et arbitraires.

*L'Aïeule.* — Tout ce qui est dit à propos de l'aïeul est d'une simplicité frappante lorsqu'on compare son cas avec celui de l'aïeule. En cette matière, les anomalies sont abondantes. La plus frappante est celle où la ligne maternelle, en dépit des principes fondamentaux de la succession, forme la seule parenté, moyennant laquelle on devient habile à succéder. Tandis que partout la suprématie de la ligne paternelle est dans la succession musulmane chose évidente, on remarque ici, avec beaucoup d'étonnement, la constitution d'une catégorie de successibles d'origine maternelle, dont les droits priment les droits des autres cohéritiers, et à laquelle on donne le titre d' « héritier ».

M. Marçais croit trouver la raison de ce point dans la survivance du vestige du matriarcat primitif (1).

On doit entendre par aïeule, la grand'mère maternelle et sa lignée ascendante ininterrompue par femmes.

Elle a (et sur ce point encore l'unanimité de la doctrine sunnite est acquise), le fard de  $\frac{1}{6}$ . Les Sunnites basent la part assignée de cette ascendance non pas sur le texte du Livre saint (il n'y a pas dans le Livre une disposition concernant la grand'mère), mais sur l'acte du prophète corroboré par la décision des deux premiers Califes (2).

Ce point fondamental, une fois admis dans la doctrine sunnite, on essaya plus tard d'étendre le cas de l'aïeule maternelle, aux autres ascendantes. Mais cette tentative ne fut pas également couronnée de succès chez les quatre Ecoles. Ceux qui adoptaient l'analogie avec réserves n'ont pas voulu étendre la solution démesurément.

(1) Voir Marçais, *op. cit.*, p. 127.

(2) *Ibid.*, p. 124. L'auteur rapporte la traduction du texte de Mouatta de Mâlik sur cette tradition. C'est Zarkâny qui dans son commentaire sur le Mouatta, II, 372 cite le passage.

Par contre, ceux qui adoptaient l'analogie sans limite sont allés beaucoup plus loin dans la voie d'extension.

Enfin, entre ces deux extrêmes, il y a d'autres solutions.

Mâlik, et l'Ecole Malekite, est le plus réservé. Il n'étend cette solution, par analogie, qu'à un seul autre cas. Il n'attribue la successibilité qu'à l'*âïeule paternelle* et à sa lignée ascendante ininterrompue de femmes.

Mâlik admet cette solution non pas parce qu'elle avait été résolue, comme pour le cas de l'*âïeule maternelle*, par le prophète lui-même, mais parce qu'elle avait été décidée en même temps que le cas de l'*âïeule maternelle* par les deux Califes. Elle a gagné de même l'adhésion des compagnons (1).

Quoi qu'il en soit pour l'Ecole malékite, sont des *âïeules sahihas* (c'est-à-dire les vraies *âïeules*) — contrairement aux *âïeules fassidas* (les fausses *âïeules*) — et par conséquent, des héritières ordinaires, d'une part, l'*âïeule maternelle* et toutes les ascendantes rattachées à la mère du défunt par une suite ininterrompue des femmes, et d'autre part, l'*âïeule paternelle* et toutes les ascendantes rattachées au père du défunt par une suite ininterrompue de femmes.

Nous voyons donc que c'est la parenté féminine qui habilite ces héritières.

Pour Imâm Hambal et son Ecole Hambalite, en plus des *âïeules* précédentes, une troisième ascendante est admise parmi les successibles ordinaires : c'est la grand'mère paternelle du père du *de cujus*. Cette Ecole appuie sa doctrine sur une tradition du prophète dont l'authenticité n'est pas admise par toutes les Ecoles.

Enfin, les deux autres Ecoles restantes chafiïte et Hanafite sont allées encore plus loin et ont étendu la solution à d'autres hypothèses. Elles ne se sont pas arrêtées aux cas adoptés par les Ecoles précédentes. Pour ces deux Ecoles, une ascendante quelconque attachée immédiatement à un ascendant sahih, à quelque degré que ce dernier se trouve, aura un droit successoral. Mais à partir de cette ascendante, la ligne doit monter d'une façon ininterrompue par la série des femmes. De sorte que, comme le dit

---

(1) Voir Marçais, *op. cit.*, pp. 128-129.

M. Marçais « dans la ligne paternelle, la série des individus qui « unissent au défunt toute ascendante successible ordinaire, se « compose aux degrés inférieurs d'une suite ininterrompue de « mâles, aux degrés supérieurs d'une suite ininterrompue de « femmes » (1).

Nous voyons à quelles complications les Sunnites aboutissent, à force de vouloir donner un rang supérieur à la théorie de ta'sib. Poussés par le désir indomptable de ta'sib, les Sunnites assimilèrent d'abord le cas du grand-père au cas du père, et ensuite, le cas des grands-parents, abstraction faite de leur sexe, au cas du grand-père. Engagés dans cette voie, ils ont fait enfin l'œuvre bizarre d'exclure de la succession la ligne ascendante qui était interrompue par un parent du sexe masculin. Ils sont amenés, ainsi à étayer une suite d'hypothèses qui sont à l'antipode même des principes admis par eux au frontispice de leur régime successoral. A part la question de successibilité, d'autres difficultés surgissent encore lorsque, en passant du domaine de la théorie et en arrivant aux faits, on veut régler le concours de ces aïeules avec d'autres successibles.

Le concours des aïeules sahihas avec les autres successibles du premier ordre, d'une part, et d'autre part, leur concours entre elles-mêmes, suivant qu'elles sont toutes du même degré, ou de degrés différents, suivant encore qu'elles sont toutes maternelles ou paternelles, ou enfin, des deux lignes, sont des questions d'une complexité ennuyeuse et longue. Il est préférable de les éviter, d'autant plus qu'elles ne présentent pas d'intérêt pratique.

En conséquence, si dans l'étude de la dévolution héréditaire de la ligne ascendante dans la doctrine sunnite, on envisage la question dans son cadre général, on conçoit facilement que c'est un des écueils le plus infranchissable de la législation successorale. D'une part, le privilège théorique des aïeuls paternels sur les collatéraux, privilège qui amène l'exclusion des utérins et le concours des germains et des consanguins, moyennant le système épineux de « Mucasamat », d'autre part, le privilège théorique de la lignée féminine dans la branche maternelle et les différentes extensions de ce privilège aux autres branches, et le concours de ces héritiers avec les différentes séries de successibles de diffé-

---

(1) Marçais, *op. cit.*, p. 131.

rents ordres, voilà en quelques mots, les traits les plus saillants de la succession de cette catégorie des successibles qui, il faut l'avouer franchement, effraient un peu notre esprit méthodique habitué à la simplicité des législations contemporaines. Toutes ces difficultés ajoutées à celles du concours du conjoint survivant, et la question de « aol » ou de « Radd » du droit sunnite, contiennent de quoi occuper l'activité des calculateurs les plus avisés en matière d'héritage.

B. *Les traits généraux de la doctrine chiite sur la successibilité de la ligne ascendante.* — Chez les chiites, l'ordre des successeurs étant nettement distinct, les ascendants ne peuvent venir à la succession qu'en concours avec les descendants. De là une première simplification apportée à la succession.

En second lieu, on n'a établi aucune différence entre les aïeuls et les aïeules. Ces ascendants, quel que soit leur sexe, s'ils viennent en rang utile prennent la place de celui qui aurait hérité du défunt s'il avait survécu. Seulement, suivant la règle de la fente, comme la succession est partagée en trois parties dont l'une revient aux parents du côté maternel, et les deux autres aux parents du côté paternel, le représentant d'une branche ne peut acquérir la part attribuée à l'autre branche, qu'à défaut de représentants de cette branche. Donc la proximité de degré ne fonctionne pas dans le rapport des différentes branches ; elle ne fonctionne qu'à l'intérieur de chaque branche. Dans chaque branche, l'ascendant le plus proche du défunt exclut le plus éloigné.

Ainsi tous les privilèges reconnus à l'aïeul paternel dans le système sunnite, disparaissent dans le système chiite.

D'autre part, toutes les distinctions ingénieuses imaginées dans la ligne de l'aïeule maternelle, sont rejetées. Les traditions attribuées à ce sujet au prophète n'étant pas aux yeux des chiites authentiques, les décisions des deux Califes, basées sur ces traditions ne peuvent pas avoir une valeur juridique solide.

Enfin, en troisième lieu, la distinction que nous avons remarquée dans la doctrine sunnite en cas de concours des ascendants et des collatéraux, entre les collatéraux utérins, d'une part, et les germains et les consanguins d'une autre part, n'est pas admise dans la doctrine chiite.

Les Chiites ont classé les utérins parmi les héritiers du côté maternel, et les germains et consanguins parmi les héritiers du



côté paternel. Ainsi dans la distribution des parts (lorsqu'il s'agit d'un concours entre les ascendants et les collatéraux), les utérins recevront la part qui leur revient dans le partage du tiers de la succession attribuée aux parents du côté maternel. Les germains et les consanguins n'ont d'autre privilège sur les utérins que celui de la force du lien paternel. Ce privilège n'a pas pour conséquence d'annihiler la successibilité des utérins, mais simplement de diminuer la quotité de leur part héréditaire.

Une nouvelle simplification est, de cette sorte, apportée à la matière, car l'exception admise par les sunnites contre les utérins, exception d'ailleurs sans fondement juridique, s'évanouit dans le régime successoral chiite.

Sans exagérer donc la valeur de la législation chiite en cette matière, législation qui, comme nous allons le voir, n'est pas à l'abri de complications, ils faut avouer, néanmoins, que sa simplicité et sa méthode sont incomparables avec la législation sunnite.

*C. Les principes régissant le concours des héritiers du second ordre suivant le Code civil persan.*

1° Ces héritiers ne viennent à la succession qu'à défaut de tous les héritiers de l'ordre précédent.

2° En principe, sauf le cas des frères et sœurs utérins qui ont une part assignée et les sœurs germaines ou consanguines lorsqu'elles viennent seules à la succession, les autres héritiers de cet ordre n'ont pas une part assignée. Ni les grands-pères et mères paternels ou maternels, ni les frères germains ou consanguins, ni enfin, les sœurs germaines ou consanguines lorsqu'elles sont en concours avec un héritier mâle de leur propre ligne ou de la ligne ascendante, ne sont appelés à la succession que pour une quote-part, et non pas en vertu de la part assignée. Cette quote-part est désignée pour les grands-parents suivant la règle de la fente, et pour les collatéraux germains et consanguins suivant la règle d'asaba.

3° La fente retrouve son plein sens quand il s'agit du concours des grands-parents paternels et maternels entre eux, ou bien quand il s'agit du concours de ceux-ci avec les collatéraux de différentes branches. Dans l'un et l'autre cas, la succession se partage en trois parties égales dont une partie va aux parents maternels (ascendants ou collatéraux) et deux autres parties aux parents paternels (ascendants ou collatéraux).

4° Chez les parents du côté maternel, le partage de la quote-part aura lieu par tête, tandis que chez ceux du côté paternel, ce partage se réalisera à raison de la double part pour le mâle.

5° Les collatéraux utérins sont les seuls parents qui, dans cet ordre, succèdent d'une part assignée. Cette part est de  $\frac{1}{6}$  si le collatéral utérin est unique, et de  $\frac{1}{3}$  ou  $\frac{2}{6}$  s'ils sont nombreux. Ils se partageront cette part par parts égales.

6° En présence des collatéraux germains (de l'un ou de l'autre sexe), les consanguins (de l'un ou de l'autre sexe) sont complètement exclus.

7° Dans la ligne ascendante, l'une des deux branches paternelles ou maternelles, n'accueillera la totalité de la succession, et cela, malgré la proximité du degré de son représentant, qu'à défaut total de représentants de l'autre branche, quelque éloignés qu'ils soient.

Dans la ligne collatérale, il n'existe pas une règle similaire. Le cas de chacune des trois branches germaine, consanguine et utérine est régi par une réglementation spéciale. Suivant cette réglementation, tant que des représentants de la branche germaine subsistent, ceux de la branche consanguine sont complètement exclus. Par contre, ni ceux-ci, ni ceux-là n'empiètent sur la part exigüe des utérins. En l'absence des germains, les consanguins jouissent des privilèges accordés à ceux-ci.

8° La représentation fait défaut dans la ligne collatérale. A défaut des représentants du degré précédent, leurs enfants les remplacent dans la succession. Ils peuvent concourir avec les ascendants dans les mêmes conditions que leurs auteurs. Le partage aura lieu par souche et à l'intérieur de chaque souche, par tête, s'il s'agit de la parenté maternelle et par double part pour le mâle, s'il s'agit de la parenté paternelle.

Chaque souche, retient, dans la succession, la part qui revenait à son auteur.

Par conséquent, la part attribuée aux représentants de la souche féminine est de la moitié de celle attribuée à ceux de la souche masculine du même degré, et cela, même s'ils sont tous du sexe masculin, et vice versa.

9° Par contre, dans la ligne ascendante, non seulement dans le rapport entre deux branches opposées, mais même à l'intérieur

d'une seule branche, tant qu'un représentant paternel ou maternel subsiste, on ne saurait attribuer sa part à un autre représentant paternel ou maternel de cette même branche. C'est ainsi qu'une arrière-grand-mère maternelle de la mère du défunt voit sa part à l'abri de toute éventualité, même en présence d'un grand-père maternel du défunt. C'est la conséquence logique de la règle de la fente.

Voici les principes les plus essentiels de la dévolution héréditaire des successibles de second ordre. Examinons maintenant les hypothèses pratiques de ce concours.

Les articles 916 à 927 du Code civil persan déterminent ce concours.

Suivant l'esprit de ces articles, on peut prévoir trois cas : 1<sup>o</sup> le concours des ascendants entre eux ; 2<sup>o</sup> le concours des collatéraux entre eux ; 3<sup>o</sup> enfin, le concours des deux lignes ascendante et collatérale à la foi. Dans les deux premiers cas, il se peut que le successible appartenant à l'une ou l'autre ligne, soit unique. Il aura dans ce cas la totalité de la succession (article 917, 1<sup>er</sup> alinéa). Dans le troisième cas, la pluralité des successibles étant par hypothèse admise, il y a lieu d'appliquer la fente. Examinons ces trois cas distinctement.

### I. — *Le concours des ascendants*

On peut envisager plusieurs hypothèses :

- a) les grands-parents sont tous paternels ;
- b) ils sont tous maternels ;
- c) ils sont des deux lignes.

a) L'aïeul et l'aïeule sont paternels. Dans ce cas, la succession se divise entre ces grands-parents à raison de la double part pour l'aïeule.

b) L'aïeul et l'aïeule sont maternels. Dans ce cas, la succession se divise entre eux par parts égales.

c) Les aïeuls et aïeules sont des deux lignes paternelles et maternelles. Dans ce cas, la succession se partage en trois parts égales. Une part sera attribuée aux grands-parents maternels qui se partageront par parts égales, et deux parts seront attribuées aux grands-parents paternels, qui se partageront à raison de la double

part pour le mâle et d'une part pour la femme. Les deux premiers grands-parents recevront donc chacun la moitié de  $\frac{1}{3}$ , c'est-à-dire  $\frac{1}{6}$  de la succession, et les deux seconds recevront, le mâle  $\frac{2}{3}$  de  $\frac{2}{3}$ , c'est-à-dire  $\frac{4}{9}$ , et la femme  $\frac{1}{3}$  de  $\frac{2}{3}$ , c'est-à-dire  $\frac{2}{9}$ . Le dénominateur commun sera donc 18 et la part de chaque ascendant est la suivante :

|                    |                |                             |
|--------------------|----------------|-----------------------------|
| le père de la mère | $\frac{3}{18}$ | } total : $\frac{18}{18}$ . |
| la mère de la mère | $\frac{3}{18}$ |                             |
| le père du père    | $\frac{8}{18}$ |                             |
| la mère du père    | $\frac{4}{18}$ |                             |

Toutes ces hypothèses sont prévues par l'article 923, rédigé de la façon suivante : « Si les successibles sont aïeuls et aïeules, le « patrimoine délaissé par le *de cujus* se partage entre ces héritiers de la façon suivante : si l'aïeul ou l'aïeule est unique, il « reçoit la totalité de la succession, quelle que soit la ligne paternelle ou maternelle à laquelle il appartient. Si, au contraire, ils « sont nombreux, s'ils sont tous de la ligne paternelle, le mâle « reçoit le double de la part de la femme ; s'ils sont tous de la « ligne maternelle, ils auront tous une part égale ; si, enfin, ils « appartiennent aux deux lignes, le tiers de la succession reviendra aux ascendants maternels qui se partageront par tête, et « les deux tiers restants reviendront aux ascendants paternels qui « se partageront entre eux à raison de la double part pour « le mâle et d'une part pour la femme ».

La dévolution héréditaire de tous les ascendants est ainsi rédigée dans un seul article net et clair qui ne laisse point place à des divergences. Quelle heureuse simplification par rapport à tout ce qui est prévu dans la législation musulmane, secte sunnite.

Etant donné qu'à défaut total des ascendants d'un degré, les ascendants du degré plus éloigné tiennent leur place, ce même article 923 leur sera appliqué sans aucune modification.

Quoiqu'un concours de 8 ou de 16 ascendants est une hypothèse d'école, il est, au point de vue de la législation, réglé par les mêmes principes. Nous avons précédemment examiné le concours des huit ascendants appelés à la succession, concours assez divertissant pour les calculateurs de métier,



II. — *Le concours des collatéraux*

Ici, encore il y a plusieurs hypothèses à examiner :

a) Ou bien tous les collatéraux sont germains ou à leur défaut consanguins.

b) Ou bien ils sont tous utérins.

c) Ou bien ils sont les uns et les autres de branches différentes.

a) Tous les collatéraux sont germains ou consanguins. On subdivise cette hypothèse en trois nouvelles hypothèses :

1° Ils sont tous du sexe masculin. La succession se partage entre eux par tête et par parts égales.

2° Ils sont tous du sexe féminin. La succession se partage encore entre eux par tête et par parts égales.

3° Ils sont des deux sexes. Ils se partagent la succession à raison de deux parts pour le mâle et une part pour la femme.

Ces trois hypothèses sont prévues par les deux articles 919 et 920 du Code civil dans les termes suivants : « Si les successibles sont plusieurs frères germains ou plusieurs sœurs germaines, ou plusieurs frères consanguins, ou plusieurs sœurs consanguines, la succession sera partagée par tête », article 919.

« Si les successibles sont frères et sœurs germains ou frères et sœurs consanguins, la part des mâles est le double de celle des femmes », article 920.

Dans toutes les hypothèses, si le collatéral germain ou consanguin est unique, il reçoit la totalité de la succession à quelque sexe qu'il appartienne.

b) Tous les collatéraux sont utérins. On peut supposer deux subdivisions :

1° Si le collatéral utérin est unique, il reçoit toute la succession, abstraction faite du sexe.

2° S'ils sont nombreux, il se partageront la succession par tête et par parts égales, abstraction faite encore de leur sexe. Chacune des sœurs utérines aura donc une part égale à celle de chacun des frères utérins.

L'article 921 annonce leur cas dans les termes suivants : « Si les successeurs sont des frères utérins ou des sœurs utérines, ou des frères et sœurs utérins, la succession se partage entre eux par parts égales. »

c) Les collatéraux sont les uns germains ou consanguins et les autres utérins.

Il y a lieu d'envisager deux cas :

1° Le collatéral utérin est unique.

2° Ils sont nombreux.

1° Si le collatéral utérin est unique, il aura droit à  $\frac{1}{6}$  de la succession (c'est la part à lui assignée par le Livre saint). Les  $\frac{5}{6}$  de la succession iront aux collatéraux germains ou consanguins qui se partageront ce reliquat suivant les règles précitées.

2° Si les utérins sont deux ou davantage, de l'un ou de l'autre sexe, ils auront tous droit aux  $\frac{2}{6}$  de la succession (leur part assignée) qu'ils se partageront par parts égales, et sans tenir compte du sexe. Les  $\frac{4}{6}$  restants iront aux germains et à leur défaut aux consanguins qui se partageront ce reliquat entre eux, suivant les règles précédemment exposées.

Tous ces cas sont prévus par l'article 922 qui se prononce de la façon suivante :

« En cas de concours des germains ou consanguins et utérins, « le partage s'effectue ainsi qu'il suit :

« Si le collatéral utérin (frère ou sœur) est unique, il acquiert «  $\frac{1}{6}$  de la succession. Le reliquat sera attribué aux germains ou « aux consanguins, suivant les règles précédentes.

« Si les collatéraux utérins sont nombreux, ils auront tous le « tiers de la succession qu'ils se partageront entre eux par tête. Le « reliquat sera attribué aux germains ou aux consanguins sui- « vant les règles précédemment établies. »

Il est superflu de revenir de nouveau sur la vétusté de la distinction entre les collatéraux qui donne, en plus des injustices, naissance à toutes les complications que nous avons rencontrées.

Si même le maintien du privilège de double lien est nécessaire, il ne faut pas qu'il aboutisse à une exclusion au détriment des consanguins, et au profit des germains.

La suprématie des germains doit être tout au plus interprétée dans les termes admis par le Code civil suisse. Nous avons précédemment fait allusion à cette disposition (1).

### III. — *Le concours des ascendants et des collatéraux*

Maintenant que nous connaissons les règles régissant le concours des ascendants, d'une part, et des collatéraux, d'autre part, chaque ligne prise distinctement, il nous est facile d'étudier le

(1) Voir *supra*, pp. 358-359.

concours de ces deux lignes venant à la fois à la succession. Si nous ajoutons à toutes les règles précédemment étudiées une seule autre, la liste des principes régissant le concours de ces deux lignes sera complète. Cette règle à laquelle nous faisons allusion, est prévue par l'article 924 du Code civil dans les termes suivants :

Dans ce concours « deux tiers de la succession seront attribués « aux successibles du côté paternel ; sur ces  $\frac{2}{3}$ , chaque héritier « mâle aura droit au double de la part de chaque héritière fem- « me ; et le tiers restant sera attribué aux parents du côté mater- « nel, tous les successibles ayant une part égale. Mais, si ce « parent maternel est un frère ou une sœur, il n'a droit qu'à  $\frac{1}{6}$  « de la succession ».

C'est la règle de la fente. Cette règle ajoutée à celle de la double part pour le mâle dans la parenté paternelle, constitue toute l'essence de ce concours.

Rien de plus simple, en principe, que l'esprit de cette législation. Si nous imaginons donc une succession à laquelle participent quatre aïeuls et aïeules et quatre frères et sœurs dont deux germains ou consanguins et deux autres utérins (1), nous n'aurons qu'à appliquer à cette hypothèse le principe du texte de l'article 924. La succession sera ainsi partagée en trois parties égales. Une part sera attribuée aux grands-parents maternels et aux collatéraux utérins. Chacun de ces quatre héritiers recevra indistinctement et abstraction faite de son sexe,  $\frac{1}{4}$  de ce  $\frac{1}{3}$ , c'est-à-dire  $\frac{1}{12}$  de la succession. Les  $\frac{2}{3}$  restants seront attribués aux grands-parents paternels et aux deux frères et sœurs germains ou consanguins. Mais dans le partage de cette quotité le mâle aura le double de la part de la femme. Ainsi le grand-père paternel et le frère, recevront chacun le double de la part de chacune des grand-mère et sœur. Par conséquent, la quote-part de  $\frac{2}{3}$  doit être partagée à son tour en six parts égales dont deux parts seront attribuées à chaque homme et une part à chaque femme. Ainsi la part du grand-père et frère germain sera pour chacun  $\frac{2}{6}$  des  $\frac{2}{3}$ , c'est-à-dire  $\frac{4}{18}$  de la succession ; et la part de la grand-mère et de la sœur germaine sera pour chacune  $\frac{1}{6}$  des  $\frac{2}{3}$ , c'est-à-dire  $\frac{2}{18}$  de la succession.

---

(1) Adl., *op. cit.*, pp. 545 et ss.

Alors le dénominateur commun dans une pareille hypothèse sera 36. La part de chacun des 8 héritiers est la suivante :

|                                |          |
|--------------------------------|----------|
| Le grand-père maternel .....   | 3        |
| La grand'mère maternelle ..... | 3        |
| Le frère utérin .....          | 3        |
| La sœur utérine .....          | 3        |
| Le grand-père paternel .....   | 8        |
| La grand'mère paternelle ..... | 4        |
| Le frère germain .....         | 8        |
| La sœur germaine .....         | 4        |
| Total.....                     | <hr/> 36 |

Le principe est évidemment simple en soi, mais il ne faut pas se fier à la simplicité du principe dès qu'il s'agit non pas des collatéraux privilégiés du premier degré, mais de leurs descendants. Cette simplicité se noie alors dans la complexité du calcul. Mais, en pratique, les exemples sont heureusement très peu fréquents. Dans de pareilles hypothèses, étant donné que le partage entre les descendants des collatéraux doit s'effectuer par souche et à l'intérieur de chaque souche par tête, s'il s'agit de la parenté maternelle, et par double part pour le mâle, s'il s'agit de la parenté paternelle, il y a donc lieu de diviser deux fois la succession.

Une première fois en tenant compte des souches, et une deuxième fois en tenant compte du sexe de chaque héritier. Dans la première division, on tient en même temps compte de la part qui doit revenir aux ascendants. Pour éclairer cette hypothèse, nous donnons un exemple en appliquant les principes que nous venons d'examiner.

Exemple : La succession est ouverte au profit de quatre grands-parents et les enfants des quatre frères et sœurs, dont deux germains ou consanguins et deux utérins (1).

Chacun de ces collatéraux a laissé pour héritier un fils et une fille. Les successibles en présence sont donc d'une part les quatre ascendants paternels et maternels, et d'autre part, un fils et une fille du frère germain, un fils et une fille de la sœur germaine. Comme nous le voyons, l'exemple est hypothétique. Cela n'empêche pas pourtant qu'il faille une patience à toute épreuve

---

(1) Adl., *op. cit.*, pp. 547 et ss.



pour déterminer la part de chacun des successibles en question. Il faut deux opérations.

Pour la première opération, celle où il s'agit du partage de la succession entre les ascendants, d'une part, et les collatéraux privilégiés d'autre part, le résultat nous est déjà acquis. Les successibles du côté maternel reçoivent chacun  $\frac{1}{4}$  de  $\frac{1}{3}$  de la succession, c'est-à-dire  $\frac{1}{12}$ . Les successibles du côté paternel reçoivent, les mâles  $\frac{2}{3}$  de  $\frac{2}{3}$  et par conséquent  $\frac{2}{6}$  de  $\frac{2}{3}$ , c'est-à-dire  $\frac{4}{18}$ ; et les femmes  $\frac{1}{3}$  de  $\frac{2}{3}$  et par conséquent chacune  $\frac{1}{6}$  de  $\frac{2}{3}$ , c'est-à-dire  $\frac{2}{18}$ .

Mais il s'agit maintenant de répartir entre les descendants des collatéraux, la part successorale qui revenait à leur auteur commun; c'est l'objet de la seconde opération. Dans cette opération, comme tous les descendants d'un auteur commun reçoivent conjointement la part qui revenait à cet auteur, par conséquent, les enfants de chacun des frère et sœur utérin reçoivent  $\frac{1}{12}$  de la succession, tandis que les enfants de frère germain reçoivent  $\frac{4}{18}$  et ceux de la sœur germaine  $\frac{2}{18}$ . Mais, tandis que les descendants des frère et sœur utérins se partagent la part de leur auteur par tête et par parts égales, ceux des frères et sœurs germains se partagent la part de leur auteur à raison de la double part pour le mâle et une part pour la femme. Par conséquent, la part successorale de chacun de ces héritiers se résume en dernière analyse de la façon suivante :

|                                   |                                                  |
|-----------------------------------|--------------------------------------------------|
| le fils du frère utérin .....     | $\frac{1}{2}$ de $\frac{1}{12}$ = $\frac{1}{24}$ |
| la fille du frère utérin .....    | $\frac{1}{2}$ de $\frac{1}{12}$ = $\frac{1}{24}$ |
| le fils de la sœur utérine .....  | $\frac{1}{2}$ de $\frac{1}{12}$ = $\frac{1}{24}$ |
| la fille de la sœur utérine ..... | $\frac{1}{2}$ de $\frac{1}{12}$ = $\frac{1}{24}$ |
| le fils du frère germain .....    | $\frac{2}{3}$ de $\frac{4}{18}$ = $\frac{8}{54}$ |
| la fille du frère germain .....   | $\frac{1}{3}$ de $\frac{4}{18}$ = $\frac{4}{54}$ |
| le fils de la sœur germaine ....  | $\frac{2}{3}$ de $\frac{2}{18}$ = $\frac{4}{54}$ |
| la fille de la sœur germaine ...  | $\frac{1}{3}$ de $\frac{2}{18}$ = $\frac{2}{54}$ |

Si nous ajoutons à cette liste la part héréditaire des ascendants, nous aurons :

|                                |                |
|--------------------------------|----------------|
| le grand-père paternel .....   | $\frac{4}{18}$ |
| la grand'mère paternelle ..... | $\frac{2}{18}$ |
| le grand-père maternel .....   | $\frac{1}{12}$ |
| la grand'mère maternelle ..... | $\frac{1}{12}$ |

Nous avons ainsi quatre chiffres parmi lesquels nous devons obtenir le dénominateur commun, à savoir :

$$24 = 2^3 \times 3$$

$$54 = 3^3 \times 2$$

$$18 = 3^2 \times 2$$

$$12 = 2^2 \times 3$$

Après l'élimination des facteurs communs, il nous reste  $3^3 \times 2^3$  ce qui est le dénominateur voulu.

Le dénominateur commun est donc 216.

La part de chacun des héritiers dans la succession qui nous occupe est la suivante :

|                                   |               |    |
|-----------------------------------|---------------|----|
| le grand-père maternel .....      | 1/12 de 216 = | 18 |
| la grand'mère maternelle .....    | 1/12 — =      | 18 |
| le neveu du frère utérin .....    | 1/24 — =      | 9  |
| la nièce du frère utérin .....    | 1/24 — =      | 9  |
| le neveu de la sœur utérine ..... | 1/24 — =      | 9  |
| la nièce de la sœur utérine ..... | 1/24 — =      | 9  |
| le grand-père paternel .....      | 4/18 — =      | 48 |
| la grand'mère paternelle .....    | 2/18 — =      | 24 |
| le neveu du frère germain .....   | 8/54 — =      | 32 |
| la nièce du frère germain .....   | 4/54 — =      | 16 |
| le neveu de la sœur germaine ...  | 4/54 — =      | 16 |
| la nièce de la sœur germaine .... | 2/54 — =      | 8  |

---

216

Voilà tout le stratagème de ce fameux concours des héritiers du second ordre. Ce concours nous est clairement expliqué par l'article 924. Tout est dans ce concours question de dextérité de calcul.

Ce qu'il faut remarquer dans toute cette étude, c'est que, abstraction faite de la valeur intrinsèque de la législation que nous ne discutons pas maintenant, la méthode et l'esprit de suite de la législation sont assez satisfaisants. Liée avec les chaînes inébranlables de quelques principes religieux contradictoires, la doctrine chiite a pu sauvegarder l'enchaînement logique de l'esprit successoral. Elle a marqué son œuvre d'une cohésion et d'une régularité que la doctrine sunnite est loin de les connaître. Quelque discutable que soit la valeur législative de l'institu-

tion successorale chiite, qui, en comparaison avec les législations récentes, est mal inspirée, il n'est pas douteux cependant que dans un courant d'idées doctrinales, où l'originalité faisait la renommée des auteurs et où les exceptions pleuvaient en abondance, et constituaient la règle, c'était un effort très louable que de s'imposer une méthode, de l'esprit de laquelle on ne s'écartait jamais.

La doctrine chiite nous expose donc aujourd'hui un plan qui, par son harmonie même, peut, avec les améliorations nécessaires, servir de base à une institution juridique successorale.

Avant de clore cette section, nous rappelons à titre mémoratif que dans ce concours, l'époux ou l'épouse survivant prend la part maximum qui lui est réservée par la loi. C'est seulement après le prélèvement de cette part, que les héritiers du second ordre exercent leurs droits héréditaires. C'est l'article 927 du Code civil qui nous donne ce détail. De même si le concours de l'époux survivant et des héritiers à part assignée de second ordre entraîne un déficit successoral, ce déficit est supporté, comme nous le savons, par les sœurs germaines ou consanguines et par les ascendants du côté paternel, et non par les collatéraux utérins ou les ascendants du côté maternel, pas plus, à plus forte raison, que par l'époux survivant.

C'est l'article 927, 2° et 3° alinéas qui prévoit le cas de ce déficit et indique la solution que nous venons de voir.

Ainsi, dans un pareil concours, le mari ou la femme et les parents du côté maternel voient leur part à l'abri de toute réduction. Ce sont les parents du côté paternel, seuls, qui subissent cette perte.

### § 3. — *Le concours des héritiers de troisième ordre*

Ce sont les héritiers appelés dans la doctrine « héritiers de la branche du grand-père du *de cujus* ». Ces héritiers sont les oncles et les tantes paternels et les oncles et les tantes maternels, et à leur défaut, leurs descendants.

Ces héritiers se rattachent au défunt par le grand-père paternel ou maternel. C'est cet ascendant qui est l'auteur commun entre ces parents et le *de cujus*. D'où l'appellation de la branche du grand-père.

Mais cette appellation ne se justifie qu'à moitié. Nous avons vu précédemment que dans la branche du *de cujus*, aussi bien que dans la branche du père du *de cujus*, il y a deux groupes de parents qui se rattachent à l'auteur commun : d'une part, ses descendants propres, et d'autre part, ses ascendants. Ainsi, le *de cujus* est le point convergent entre ses enfants et ses père et mère. De même, le père du *de cujus* est l'axe, le noyau central entre ses enfants qui sont les collatéraux du défunt et ses père et mère qui sont les grands-parents de celui-ci.

Mais pour le grand-père ceci n'est pas tout à fait vrai. Il n'est vrai qu'en ce qui concerne la branche descendante. Mais en ce qui concerne la branche ascendante, étant donné que les grands-parents à l'infini, sont classés parmi les héritiers du second ordre, l'intercession du grand-parent ne leur servira pas de titre d'habilitation.

Ils n'ont pas besoin de cet intermédiaire pour succéder puisqu'ils sont classés dans un ordre précédent.

Par conséquent, on doit entendre par les héritiers du troisième ordre du droit persan, les collatéraux ordinaires et leurs descendants.

Si dans le concours de ces héritiers, on se contentait des règles claires qui régissent le partage de la succession entre les deux lignes paternelles et maternelles, si on se résignait à appliquer le principe de la fente et celui du partage par tête dans la ligne maternelle, et le partage à double part pour le mâle dans la ligne paternelle, si, enfin, on ne cherchait pas à exécuter le privilège de double lien jusqu'à sa limite absurde, le concours des héritiers de troisième ordre serait un des cas les plus faciles du concours. Il n'y avait dès lors que de diviser le patrimoine du défunt en trois parties égales, dont l'une reviendrait aux héritiers du côté maternel, qui se partageraient cette quotité par tête, et deux autres parties reviendraient aux héritiers du côté paternel qui se partageraient cette quotité à raison de double part pour le mâle et une part pour la femme.

C'est d'ailleurs ce que nous avons vu dans l'article 924 concernant le concours des héritiers du second ordre. C'est ce qui devrait logiquement intervenir pour les héritiers de troisième ordre également. Mais, malheureusement, ce n'est pas ainsi que les faits se sont déroulés. On a cherché dans la législation, de



nouvelles complications en faisant intervenir le privilège de double lien au sein de chaque catégorie de successibles. De sorte, qu'on peut distinguer parmi les oncles paternels trois groupes d'oncles : oncles germains, oncles consanguins et oncles utérins. De même, pour les oncles maternels, cette même distinction intervient. Il en est de même pour les tantes paternelles et les tantes maternelles. Dès lors, dans le partage de la succession, les choses ne se passent pas avec la simplicité que nous pensions. Au lieu de deux opérations que nous devrions accomplir (d'abord la fente et ensuite le partage par tête chez les parents maternels et par double part pour le mâle chez les parents paternels), nous avons trois opérations ou même quatre dont l'application de chacune entraîne de nouvelles complications.

Cet état est la conséquence d'une confusion qui s'est produite dans la doctrine.

Voici du reste de quoi il s'agit.

La situation d'un successible quelconque ne doit être réglée que par rapport au *de cujus*. Or, en matière qui nous occupe, on a réglé dans la législation, la successibilité des héritiers non seulement en rapport avec le *de cujus*, mais de plus, en rapport avec le père ou la mère du *de cujus*.

De cette façon, on est amené à attribuer en premier lieu, suivant la règle de la fente, le tiers de la succession aux collatéraux ordinaires qui se rattachent au défunt par la mère, et deux tiers aux collatéraux ordinaires qui se rattachent au défunt par le père. Et, en second lieu d'appliquer la refente, c'est-à-dire de partager les deux quotes-parts entre chaque groupe des collatéraux suivant qu'ils sont oncles ou tantes paternels ou maternels du père du défunt ou bien oncles ou tantes paternels ou maternels de la mère du défunt, et ainsi de suite, tant qu'il y a de représentants dans le 3<sup>e</sup> ordre. De sorte que, dans le concours des héritiers de cet ordre, nous sommes, à la suite des principes posés par le Code, acculés à envisager chaque héritier sous deux aspects différents : d'abord, à l'égard du *de cujus* lui-même et ensuite à l'égard des auteurs du *de cujus*. Ainsi, un oncle quoique paternel, à l'égard du *de cujus*, peut bien être frère maternel du père du *de cujus*. Ou bien une tante, quoique maternelle à l'égard du *de cujus*, peut bien être la sœur paternelle de la mère du *de cujus*. C'est cette situation hybride qui complique les choses. De sorte que même le

législateur en réglant la situation respective de ces héritiers, a commis des fautes de calcul, tant les hypothèses sont embrouillées. Nous allons pour notre part, étudier brièvement le concours de ce troisième ordre des héritiers. Nous mettons en relief les principes essentiels qui régissent la matière en les appuyant sur les exemples classiques, afin de rendre facile la compréhension des principes. Posons avant tout les principes régissant ce concours.

*Les principes régissant le concours des héritiers  
du troisième ordre suivant le Code civil*

1° Les héritiers de troisième ordre ne viennent à la succession qu'à défaut de tout héritier de l'ordre précédent.

2° Le partage se fait en principe suivant la règle de la fente. Dès lors, tant que parmi les héritiers de l'une des deux lignes, un seul représentant, quelque éloigné de degré qu'il soit, subsiste, la quote-part successorale de cette ligne ne reviendra pas au représentant de l'autre ligne quelque proche qu'il soit en degré.

3° La fente est applicable non seulement à l'égard des deux lignes mais encore à l'intérieur de chaque ligne, dans le rapport des héritiers formant cette ligne. Ainsi, le tiers de la succession qui est attribué aux parents du côté maternel, sera à son tour partagé en trois parties égales dont deux parties vont aux parents qui forment la souche du père de la mère du défunt, et une autre partie sera attribuée aux parents qui forment la souche de la mère de la mère du défunt et ainsi de suite. Il en est de même pour la ligne paternelle.

4° Il faut remarquer néanmoins qu'une différence fondamentale existe en principe entre la ligne maternelle et la ligne paternelle. Tandis que dans la ligne paternelle après la répartition de la quotité revenant aux héritiers de cette ligne, le partage s'effectue en principe à raison de la double part pour le mâle de chaque souche, et une part pour la femme, dans la ligne maternelle, au contraire, après la répartition de la quotité revenant aux héritiers de cette ligne, le partage s'effectue à l'intérieur de chaque souche par parts égales. Nous comprendrons mieux ce principe, par les exemples qui suivront. Nous allons voir, d'autre part, la controverse qui surgit à l'occasion d'un texte mal rédigé du Code à ce sujet.

5° A l'intérieur de chaque groupe, les germains excluent les consanguins. Ces derniers remplacent les germains et profitent de tous les avantages à eux accordés par les textes, lorsque ces derniers font défaut. Mais ni les uns, ni les autres n'excluent les utérins qui viennent toujours participer à la succession pour une part assez faible que la loi leur reconnaît. C'est d'ailleurs l'application des règles générales du Code en matière de succession.

6° De la quotité qui revient à chaque ligne ou à l'intérieur de chaque ligne à chaque souche, aucun des héritiers sauf les utérins n'ont sur cette quotité une part assignée. Seuls, les utérins ont une part assignée, qui est de  $\frac{1}{6}$  si le parent utérin de l'un ou de l'autre sexe est unique, et de  $\frac{2}{6}$  s'ils sont nombreux. Dans ce dernier cas, ils se partagent cette part entre eux par tête.

7° La représentation fait défaut dans ce concours. Les enfants des successibles de cet ordre ne viennent à la succession de leur auteur que si les représentants du degré précédent sont tous prédécédés.

Les descendants successifs héritent donc de leur chef et non pas par représentation.

Le partage aura lieu entre eux par souche et à l'intérieur de chaque souche, suivant les principes régissant le groupe auquel cette souche appartient.

### *Controverse survenue à l'occasion de l'article 931*

Avant d'entrer dans le détail de la dévolution héréditaire de chaque groupe de cet ordre, il est nécessaire de relever un des points de défaillance légale provenant de l'excès de distinction entre la descendance paternelle et maternelle.

Reproduisons tout d'abord le texte de cet article :

« Si les héritiers se composent de plusieurs oncles ou de plusieurs tantes paternels, porte cet article, la succession sera partagée entre eux par tête si tous sont germains ou consanguins ou utérins. Mais si les oncles et les tantes viennent conjointement à la succession, la succession sera partagée entre eux par parts égales, s'ils sont tous utérins ; et à raison de double part pour le mâle s'ils sont tous germains ou consanguins. »

C'est la dernière hypothèse envisagée par cet article qui nous intéresse : il s'agit d'une succession ouverte au profit de plusieurs oncles et tantes paternels qui viennent conjointement à la succession, et qui sont tous ou bien germains ou consanguins ou bien utérins. L'article 931 dit que la succession sera partagée par tête s'ils sont tous utérins et par double part pour le mâle s'ils sont tous germains ou consanguins.

Voilà le texte. Le grief qu'on porte à ce texte, c'est que, si les héritiers utérins visés par ce texte, sont des utérins à l'égard du père du *de cujus*, ils ne sont pas, par contre, utérins à l'égard du *de cujus* lui-même. A l'égard de ce dernier, ils sont des parents du côté paternel et à ce titre, ils doivent être soumis aux règles qui régissent ces parents. Il faut qu'ils subissent la règle du partage de la double part pour le mâle. Le partage par tête entre ces parents prévu par l'article 931 est donc contraire aux règles essentielles du droit successoral et partant inadmissibles. La meilleure raison, disent les contradicteurs, est le texte même de l'article 935 du Code civil, dont la partie, nous concernant, est rédigée de la façon suivante : « Si les héritiers se composent  
« de plusieurs oncles et tantes paternels et de plusieurs oncles  
« et tantes maternels, le tiers de la succession sera dévolu aux  
« parents maternels et les deux tiers aux parents paternels. Dans  
« le partage de ces  $\frac{2}{3}$  la part des mâles est le double de celle de  
« la femme. Mais, si entre ces collatéraux paternels, il y a un  
« collatéral utérin,  $\frac{1}{6}$  de la quote-part lui sera dévolu ; et s'il y  
« a plusieurs utérins, le tiers de cette quote-part leur sera dévo-  
« lu. Ils se partageront ce tiers entre eux par parts égales... »

La loi, disent les contradicteurs, ne permet le partage par tête entre les utérins (et cela selon le texte même de l'article que nous venons de reproduire en partie) qu'au seul cas où ceux-ci viennent en concours avec les germains ou les consanguins. Le partage par tête n'est pas, au contraire, permis si les collatéraux paternels ne sont que des utérins. Dans ce cas, il faut régler la part successorale de chaque héritier suivant la règle de double part pour le mâle. L'oncle paternel utérin doit recevoir le double de la part de la tante paternelle utérine. Car l'article 935 nous dit : « Dans le partage de ces  $\frac{2}{3}$  (c'est-à-dire dans le partage de  
« la quote-part revenant aux collatéraux paternels), la part des  
« mâles est le double de celle de la femme. » Le texte n'a pas voulu faire dépendre ou conditionner, dit-on, le partage de



double part pour le mâle au seul cas où les collatéraux sont tous germains ou consanguins. Du langage inconditionné du Code, il résulte donc que la solution de double part doit être étendue même au cas où il n'y a que des collatéraux utérins en présence. Dans ce cas, encore, contrairement à ce que le texte de l'article 931 édicte, le partage entre les collatéraux paternels utérins doit s'accomplir suivant la règle de la double part pour le mâle. L'oncle paternel utérin doit, par conséquent, recevoir le double de la part de la tante paternelle utérine. Et si l'article 931 est rédigé dans des termes qui laissent supposer le contraire, c'est, disent les contradicteurs, parce que les rédacteurs du Code avaient présent à l'esprit, le lien de la parenté maternelle de ces utérins en rapport avec le père du *de cujus*, et non pas avec le *de cujus* lui-même. Mais l'article 935, 3<sup>e</sup> alinéa, a rectifié, d'après eux, cette erreur, et annule ainsi la disposition de l'article 931 sur ce point.

Nous croyons pour notre part, que si le résultat auquel les partisans de cette idée ont abouti est juste, c'est-à-dire si les collatéraux ordinaires utérins du côté du père du défunt doivent subir, comme les germains et les consanguins, la règle de la double part pour le mâle, puisqu'ils doivent être considérés en rapport avec le *de cujus* lui-même, et non pas avec son père, la raison juridique alléguée par eux à l'appui de leur idée n'est au contraire pas admissible.

Si les partisans de cette opinion ont pu mettre au point l'erreur de l'article 931, ils se sont contentés, par contre, de la rectification apportée en partie par l'article 935 à cette erreur. Car, en somme, suivant cet article, si les collatéraux ordinaires du côté paternel qui sont tous d'une souche unique, c'est-à-dire qui sont tous ou bien germains (ou consanguins), ou bien utérins, procèdent au partage de la succession à raison de la double part pour le mâle, nous savons, au contraire, que si ces collatéraux sont de souches différentes, c'est-à-dire s'ils sont germains (ou consanguins) et utérins ensemble, le tiers attribuable aux utérins sera partagé entre les représentants de ce groupe, non pas à raison de la double part, mais par tête et par parts égales.

Par quel miracle inattendu le partage par parts égales dénoncé dans l'article 931 se ressaisit et s'applique dans une des hypothèses envisagées par l'article 935. Cet article en remédiant à l'erreur de l'article 931, consacre la même solution erronée en

ce qui concerne une autre partie de son propre contenu. Et le grief que nous portions à l'encontre des contradicteurs en cause, consiste justement en ce que ces derniers, tout en relevant l'erreur de l'article 931 et tout en rectifiant cette erreur par le contenu de l'article 935, ont confirmé par leur silence la partie de cet article concernant le partage par parts égales des utérins venant en concours avec les germains ou les consanguins.

Par quel événement mystérieux, l'utérin a changé de nature et a procédé au partage par tête, ce même partage qui lui a été défendu par le raisonnement *a contrario* de l'alinéa 3 de l'article 935 ? Est-ce la présence des germains ou consanguins qui a pu bouleverser l'ordre des choses ? Est-ce cette présence qui impose le partage par tête, présence que, si elle faisait défaut, le privilège de la masculinité aurait repris son cours ? Il n'est pas permis de penser ainsi. Si on a pu alléguer la défense du partage par tête de l'article 931, c'est seulement parce que les héritiers doivent, dans leur vocation héréditaire, être considérés comme étant en rapport avec le *de cujus* lui-même, considération que nous avons mentionnée plus haut. Or, si cette considération existe, si les utérins, au dire même des partisans de la thèse précitée, quoique utérins par rapport au père du *de cujus* sont des parents paternels au regard du *de cujus* lui-même, et par conséquent doivent être traités de la même façon que les autres parents paternels, c'est-à-dire que la part qui leur revient doit être distribuée entre eux à raison de la double part pour le mâle, si toutes ces allégations sont vraies, elles sont vraies de même lorsqu'il s'agit du cas où les collatéraux ordinaires paternels en présence sont à la fois germains ou consanguins et utérins. La quote-part qui revient aux utérins doit, dans ce dernier cas, aussi bien que dans le cas de l'article 931, être répartie entre les représentants de cette classe d'héritiers, à raison de la double part pour le mâle. C'est la conséquence logique des principes posés d'avance.

Donc il existe non seulement une contradiction entre l'article 931 et 935, mais entre les parties de la phrase qui constitue l'alinéa avant-dernier de ce dernier article, partie que nous avons précédemment reproduite et soulignée.

Il faut donc étendre la solution préconisée par les partisans de la rectification de l'article 931, au cas de l'article 935, 3<sup>e</sup> ali-

néa, dernière partie. Il faut logiquement poser le principe suivant :

Dans le cas du concours des héritiers de troisième ordre paternels et maternels, le tiers de la succession sera dévolu aux collatéraux maternels et les deux tiers aux collatéraux paternels. Le partage du tiers attribué aux parents maternels, aura lieu indistinctement par tête et par parts égales.

Par contre, le partage des deux tiers attribués aux parents paternels, aura lieu par souche suivant le principe du double lien. A l'intérieur de chaque souche le partage aura lieu encore, indistinctement et sans exception, à raison de la double part pour le mâle. Indistinctement, c'est-à-dire qu'il s'agisse des collatéraux ordinaires paternels de différentes souches, ou bien de ces mêmes collatéraux de souche unique. Dans l'un et l'autre cas, le partage à raison de la double part doit être maintenu.

Il doit être maintenu parce que les successibles de cette ligne appartiennent indistinctement au groupe des parents paternels du *de cujus*.

Dans l'étude des différentes hypothèses auxquelles le concours des héritiers de cet ordre donne lieu, nous constaterons mieux l'insuffisance que nous venons de relever. Nous appliquerons la proposition que nous venons d'avancer dans les lignes précédentes.

*Les hypothèses du concours des successibles de troisième ordre sont au nombre de 3 :*

1° Les héritiers se composent des oncles maternels ou des tantes maternelles séparément ou conjointement ;

2° Les héritiers se composent des oncles paternels ou des tantes paternelles séparément ou conjointement ;

3° Enfin, les héritiers se composent des oncles et des tantes paternels et maternels à la fois.

Dans chacune des hypothèses, on peut supposer que les héritiers de chacun des groupes précédents soient ou bien germains ou consanguins ou bien utérins, ou bien, enfin les uns et les autres à la fois.

Certaines de ces hypothèses sont particulièrement simples. Certaines autres entraînent plus de complications, mais, il faut le dire, au point de vue du calcul seulement, et non pas au point de vue du principe, puisqu'elles sont régies toutes, par des formules simples et claires.

I) Les héritiers se composent des oncles ou des tantes, maternels, séparément ou conjointement.

On peut envisager 3 nouvelles subdivisions :

- a) tous les appelés sont germains ou consanguins ;
- b) tous, sont utérins ;
- c) les uns sont germains et les autres utérins.

Dans les deux premiers cas, l'héritage se partage entre tous les appelés par portions égales, soit que les oncles et tantes maternels soient appelés séparément, soit qu'ils soient appelés tous à la fois et conjointement. En un mot, la différence de sexe n'est prise nullement en considération.

Dans le troisième cas au contraire, il y a lieu de distinguer entre les collatéraux utérins, d'une part, et germains ou consanguins de l'autre.

Si le collatéral utérin est unique, il lui sera alloué  $\frac{1}{6}$  de la succession. S'ils sont nombreux, ils recueilleront tous ensemble  $\frac{2}{6}$  et se partageront entre eux, indistinctement et en dehors de toute considération de sexe, par parts égales. Les  $\frac{5}{6}$  ou les  $\frac{4}{6}$  restants seront attribués aux collatéraux germains et à leur défaut aux consanguins qui se partageront cette quote-part eux aussi, par parts égales, indistinctement et en dehors de toute considération de sexe.

Nous voyons donc dans cette hypothèse, c'est-à-dire lorsqu'il y a concours entre les collatéraux maternels du défunt, oncles ou tantes, toute distinction de sexe s'évanouit étant donné que tous ces parents s'attachent au *de cujus* par la parenté féminine. Mais étant donné que ces héritiers dans leur rapport entre eux sont attachés à la mère du *de cujus* les uns des deux côtés maternel et paternel, et les autres d'un côté seulement, on ne saurait ne pas tenir compte de la règle du double lien, sans méprendre les principes essentiels de la dévolution héréditaire. C'est de là que la distinction entre les utérins, d'une part, et les germains ou consanguins de l'autre, réapparaît au sein même du groupe des collatéraux ordinaires maternels.

Les deux articles 933 et 934 prévoient toutes les hypothèses que nous venons de rapporter, dans les termes suivants :

Article 933 : « Si les héritiers appelés se composent de plusieurs oncles ou de plusieurs tantes maternels ou de plusieurs oncles et tantes maternels, la succession sera partagée entre



« eux par parts égales, qu'ils soient tous germains, consanguins  
« ou utérins. »

La partie finale de cet article est assez mal rédigée. Il fallait dire « à condition qu'ils soient tous ou « bien germains, ou bien consanguins, ou bien utérins ».

Tandis que les termes employés par le texte laissent supposer une disposition inconditionnelle, l'esprit du texte est justement conditionnel, puisqu'il veut prévoir le cas où tous les collatéraux maternels sont tous ou bien germains ou bien consanguins ou bien utérins.

Les termes de l'article 934 affirment d'ailleurs cette constatation.

Article 934 : « Si les héritiers appelés sont les oncles et les tantes maternels germains ou consanguins, d'une part, et « utérins de l'autre, le collatéral utérin prélève  $\frac{1}{6}$  s'il est seul, « et  $\frac{2}{6}$  s'ils sont nombreux. Ils se partageront cette quote-part « entre eux par parts égales. Le reste est dévolu aux collatéraux « maternels germains ou consanguins qui se partageront cette « quote-part eux aussi par tête et par parts égales. »

II) Les héritiers se composent des oncles ou des tantes paternels séparément ou conjointement.

Ici encore on peut envisager trois nouvelles subdivisions :

- a) tous les héritiers appelés sont germains ou consanguins ;
- b) tous sont utérins ;
- c) les uns sont germains et les autres utérins.

a) Tous les héritiers appelés sont germains ou consanguins.

Dans ce cas, s'ils sont tous du sexe masculin ou tous du sexe féminin, la succession se partage entre eux par portions égales. Si, au contraire, les uns sont du sexe masculin et les autres du sexe féminin, le mâle a une part égale au double de celle de la femme.

Jusqu'ici, il n'y a aucune dérogation aux principes de la dévolution successorale. Ce sont là, des applications normales des principes déjà connus par nous. L'article 931 prévoit ce cas.

b) Tous les héritiers appelés sont utérins. Dans ce cas, s'ils sont tous du sexe masculin ou tous du sexe féminin, la succession se partage entre eux par portions égales (article 931, 1<sup>er</sup> alinéa). C'est là encore l'application normale des principes de la succession. Mais, s'ils sont les uns du sexe masculin et les autres du sexe féminin, l'article 931, 2<sup>e</sup> alinéa, première partie,

apporte une dérogation que nous avons précédemment étudiée et qui résulte d'une confusion provoquée, dans l'esprit du législateur. Cet article fait partager la succession par parts égales entre tous les héritiers. Cette confusion résulte du titre d' « utérin » que portent ces héritiers. Le législateur a pensé que ce titre suffit à lui seul pour faire naître un partage égal. Il n'a pas pu songer que quelque utérin que ces parents puissent être par rapport au père du *de cuius*, ils sont néanmoins, par rapport au *de cuius*, des parents paternels, et ont, à ce titre le droit de profiter des privilèges accordés à ces parents.

En étudiant le cas du concours assez hypothétique des huit ascendants paternels et maternels (1), nous avons constaté que le législateur applique le principe de la double part pour le mâle aux père et mère de la mère du père du défunt, et attribue une part à l'aïeule et deux parts à l'aïeul. Car ces grands-parents tout en étant des parents maternels du père du *de cuius*, n'en étaient pas moins pour cela des parents paternels du *de cuius* lui-même.

Pour les collatéraux, le législateur ne dispose pas de la même façon, et cela par inadvertance législative.

c) Les héritiers appelés sont les uns germains et les autres utérins. C'est l'article 932 qui règle ce cas. Suivant cet article, il faut faire une distinction :

1° Il n'y a qu'un collatéral paternel utérin en concours avec les germains ou les consanguins.

2° Il y en a deux ou plusieurs.

1° S'il n'y a qu'un seul collatéral utérin, il prélève sur le patrimoine du *de cuius*  $\frac{1}{6}$ . Les  $\frac{5}{6}$  restants seront attribués aux germains ou consanguins qui se partageront entre eux suivant la règle de la double part pour le mâle.

2° S'il y a deux ou plusieurs utérins, ils prélèveront  $\frac{2}{6}$  qu'ils se partageront entre eux par tête et par parts égales. Les  $\frac{4}{6}$  seront attribués aux germains ou aux consanguins qui se partageront suivant la règle de la double part pour le mâle.

Cet article est la contrepartie de l'article 934 que nous avons précédemment étudié, et qui avait pour but de régler le cas de concours des collatéraux maternels dont les uns étaient germains

---

(1) Voir supra p. 360.

et les autres utérins. L'article 932 reproduit la même réglementation pour les collatéraux paternels qui se trouvent dans les mêmes conditions, toutefois avec cette différence que la part attribuée aux germains se partage là par tête et ici suivant le principe de la double part pour le mâle.

L'article 932 lorsqu'il parle des utérins commet la même confusion que celle qui est commise dans l'article 931. S'il y a plusieurs utérins, dit l'article 932, *ils se partageront les 2/6 à eux attribués par parts égales*. Or, pourquoi ce partage par tête, si ce n'est l'aberration toujours fâcheuse qui obscurcit les vues de législateur. Les 2/6 attribués aux utérins doivent être partagés entre eux non par tête mais à raison de la double part pour le mâle. Ces utérins sont parents du côté paternel du défunt. De même que l'article 934 qui est la contrepartie de l'article 932 stipule un partage par tête des utérins, puisqu'ils sont parents du côté maternel, de même l'article 932 devrait stipuler un partage de double part pour le mâle des utérins puisqu'ils sont des parents du côté paternel. C'est peut-être la symétrie qui a plu au législateur et l'a amené à établir les mêmes dispositions dans les articles 932 et 934.

III) Les héritiers se composent des oncles et des tantes paternels et maternels à la fois. C'est l'article 935 qui prévoit ce cas dans les termes suivants :

« Si les successeurs en présence sont un ou plusieurs collatéraux maternels et un ou plusieurs collatéraux paternels, le tiers de la succession sera dévolu aux premiers et les deux tiers aux seconds.

« Le partage du tiers entre les parents maternels s'accomplit par parts égales. Mais si parmi ces successibles figure un utérin, il lui sera dévolu 1/6 de la quote-part de son groupe ; s'il figure plusieurs utérins, il leur sera dévolu 2/6. Ils se partageront cette part par parts égales (1).

« Le partage des deux tiers entre les parents paternels s'accomplit à raison de la double part pour le mâle. Mais si parmi ces

---

(1) Le restant de cette quote-part (5/6 ou 4/6 selon les cas) sera attribué aux germains ou consanguins à raison de la double part pour le mâle. Le texte de l'article ne le dit rien, mais la pensée du législateur ne fait, sur ce point, l'objet d'aucun doute.

« successibles, figure un utérin, il lui sera dévolu  $1/6$  de la quote-part de son groupe, et s'il figure plusieurs utérins, il leur sera dévolu  $2/6$ . Ils se partageront cette part par parts égales. Le restant de cette quote-part ( $5/6$  ou  $4/6$  selon les cas) sera attribué aux germains ou aux consanguins, à raison de la double part pour le mâle. »

L'article 935 est en réalité la réunion et, en même temps, la juxtaposition dans un seul et unique texte, des deux articles 932 et 934. Tandis que dans ces deux derniers articles, il s'agissait des parents paternels (article 932) ou maternels (article 934), appelés distinctement à la succession, dans l'article 935, il s'agit de la réunion de ces deux catégories de parents. La solution est très simple. C'est ce que nous avons rencontré dans tous les ordres de successibles du Code civil persan. C'est d'abord la règle de la fente qui s'applique, et, ensuite, d'une part, la règle du double lien pour les parents paternels par rapport au *de cujus*, et d'autre part, la règle du partage par tête pour les parents maternels encore par rapport au *de cujus*.

Seulement, le législateur, dans cet article, n'est pas allé jusqu'au bout de sa logique. Nous lisons dans le troisième alinéa de cet article, « que si parmi les successibles paternels, il figure plusieurs utérins, ils reçoivent  $2/6$  de la quote-part attribuée à leur groupe, et se partageront cette part par portions égales ». C'est toujours la même critique adressée au sujet des articles 931 et 932 qui réapparaît ici.

D'autre part, il y a une contradiction entre la première phrase de l'alinéa 3 de cet article et la partie finale de cette même phrase. Tandis qu'au début de cette phrase le législateur enjoint le partage à raison de la double part pour le mâle, lorsque les successibles sont tous germains, consanguins ou utérins, à la fin de la phrase, il commande, au contraire, le partage par tête entre les utérins lorsque ces derniers sont en présence des germains ou des consanguins.

Qu'il s'agisse donc de l'article 931, ou bien de l'article 932 ou enfin de la partie finale du 3<sup>e</sup> alinéa de l'article 935, la difficulté est la même, l'erreur législative, la source de cette erreur et la critique adressée sont toutes les mêmes.

Le traité du droit civil persan (*op. cit.*) en enseignant l'erreur du législateur sur le texte de l'article 931 et en relevant la con-



tradiction entre les deux textes de l'article 931 et de l'article 935, croit (p. 562) que ce dernier article étant postérieur, abroge le premier. C'est un argument ingénieux, mais erroné. Deux lois peuvent s'abroger l'une l'autre si elles sont de date différente. Deux articles d'une même loi, formant une même texture, lorsqu'ils sont en contradiction, donnent lieu à une interprétation judiciaire, laquelle aboutit, certes à l'abrogation de fait d'un article au profit de l'autre. Dans la question qui nous occupe, il existe une contradiction non seulement entre les deux articles précités, mais encore entre la première et la dernière partie de la phrase formant l'alinéa 3 de l'article 935. Si l'on devait appliquer le procédé de l'abrogation tel que l'auteur le préconise, laquelle des deux parties de l'alinéa en question abrogerait l'autre ?

‘ Nous allons maintenant élucider les principes posés par l'article 935 en citant un exemple classique.

Les successibles en présence sont un oncle et une tante paternels germains, un oncle et une tante paternels utérins, un oncle et une tante maternels germains, un oncle et une tante maternels utérins (1).

Un tiers de la succession appartient aux parents maternels et deux tiers aux parents paternels. Parmi les parents maternels, il y a deux utérins. Ils ont droit à  $\frac{1}{3}$  de la quote-part qui leur revient en qualité d'héritiers utérins. Ils ont donc droit tous les deux ensemble à  $\frac{1}{3}$  de  $\frac{1}{3}$ , c'est-à-dire  $\frac{1}{9}$ , et  $\frac{1}{18}$  chacun. Les germains maternels ont droit aux  $\frac{2}{3}$  de  $\frac{1}{3}$ , c'est-à-dire  $\frac{2}{9}$ , et par conséquent à  $\frac{1}{9}$  ou  $\frac{2}{18}$  chacun.

Parmi les parents paternels aussi il y a deux utérins qui ont droit au tiers de la quote-part qui revient à leur groupe, c'est-à-dire  $\frac{1}{3}$  de  $\frac{2}{3}$  ou  $\frac{2}{9}$  et par conséquent,  $\frac{1}{9}$  ou  $\frac{2}{18}$  chacun. Les germains paternels ont droit aux  $\frac{2}{3}$  de  $\frac{2}{3}$ , c'est-à-dire  $\frac{4}{9}$  de la quote-part. Mais ceux-ci doivent partager cette part à raison de deux parts pour l'oncle et une part pour la tante. L'oncle a droit donc à  $\frac{2}{3}$  de  $\frac{4}{9}$ , c'est-à-dire  $\frac{8}{27}$  et la tante à  $\frac{1}{3}$  de  $\frac{4}{9}$ , c'est-à-dire  $\frac{4}{27}$ .

Le dénominateur commun dans cet exemple est 54, et la part de chacun des héritiers est la suivante :

(1) Adl., *op. cit.*, p. 566.

|                                    |    |
|------------------------------------|----|
| L'oncle maternel utérin .....      | 3  |
| La tante maternelle utérine .....  | 3  |
| L'oncle maternel germain .....     | 6  |
| La tante maternelle germaine ..... | 6  |
| L'oncle paternel utérin .....      | 6  |
| La tante paternelle utérine .....  | 6  |
| L'oncle paternel germain .....     | 16 |
| La tante paternelle germaine ..... | 8  |
| <hr/>                              |    |
| Total.....                         | 54 |

Pour terminer l'étude du concours des héritiers du 3<sup>e</sup> ordre, il ne nous reste à ajouter que la remarque suivante.

Si les oncles et les tantes font défaut, ce sont leurs descendants qui les remplacent dans les conditions que nous connaissons (article 937). Le partage entre les descendants aura lieu par souche. Si ces collatéraux ordinaires et tous leurs descendants font défaut, c'est alors le tour des oncles et des tantes paternels et maternels du père et de la mère du *de cujus* ; en leur absence, ce sont leurs descendants qui les remplacent et ainsi de suite. Ceci n'est pas prévu expressément par le Code. Mais la doctrine chiite (1) et l'esprit même du Code sont dans ce sens.

D'autre part, en ce qui concerne l'époux survivant, les principes sont ici les mêmes que dans les deux paragraphes précédents. L'époux survivant, à cause de l'absence de descendant reçoit le maximum de sa part assignée. C'est seulement après le prélèvement de sa part, que le concours entre les héritiers de troisième ordre, s'ouvre dans les conditions que nous venons d'exposer. Le cas de déficit est réglé aussi de la manière précédemment étudiée (article 938, Code civil).

*L'exception de l'article 936.* — La seule chose qui, au milieu de ces symétries frappantes, est inattendue, c'est la question suivante : les descendants des collatéraux ordinaires sont exclus de la succession tant qu'il y a parmi les représentants de troisième ordre de l'une ou de l'autre ligne, un successible du degré précédent. Il n'y a à cela qu'une seule exception. C'est le cas où il y a, pour succéder, un oncle consanguin en présence d'un neveu germain.

---

(1) Voir Mohaqeq, *éd. cit.*, p. 264, 2<sup>e</sup> section, 1<sup>re</sup> question.

Ce dernier, contrairement à tout ce qui est à la base même de l'institution héréditaire chiite, exclut le premier. On est surpris d'une telle exception. Nous savons déjà combien le défaut de représentation cause d'injustices dans l'institution successorale. Nous savons que les Sunnites ont tenté de remédier à ce mal moyennant des exceptions, et combien ce procédé a causé de tort à la clarté de leur institution successorale.

Nous pensons que l'exception prévue par l'article 936 du Code civil, est une tentative malheureuse dans le genre de ce que nous avons tant de fois remarqué dans la doctrine sunnite, et ayant pour but d'élever le successible d'un degré à un rang qui le rendra habile à succéder. Le cousin germain devrait, normalement être privé de la succession s'il se trouvait en présence d'un oncle consanguin. Cette privation étant indésirable, la doctrine a probablement voulu relever ce cousin germain de son incapacité. Mais en voulant ce faire, elle est tombée dans l'excès contraire. Elle a exclu l'oncle consanguin au profit du cousin germain.

Mais cette solution qui porte une exception à la règle est expliquée dans des termes soigneusement limitatifs. On lit aussi bien dans le texte du Code que dans les différents traités du droit chiite, que si le moindre changement survient, les principes généraux reprendront leur vigueur.

Ainsi, par exemple, si à la place d'un oncle consanguin paternel, il y avait un oncle maternel, ou bien si, à la place d'un oncle paternel consanguin, il y avait deux oncles ou davantage de cette même catégorie de successibles, ou bien, enfin, si à la place d'un cousin germain il y avait une cousine germaine ou un cousin consanguin, l'exception posée par l'article 936 serait écartée.

Cela prouve avec combien de réprobation les juristes chiïtes ont souscrit à cette solution, et avec quel soin ils ont cherché à fermer hermétiquement la fissure qui pouvait donner, dans l'avenir, lieu à de nouvelles dérogations.

Quelle est donc la raison de cette exception introduite dans la législation ?

On pourrait être tenté de croire que c'est le privilège du double lien chez le neveu germain qui fait prévaloir son droit sur celui de l'oncle consanguin. Ceci n'est pas, pourtant, la raison, du moins, avouée de la disposition en question.

Dans les différents traités du droit chiite on lit cette maxime que « la dualité du lien ne se compte qu'au cas d'égalité de degré ». Cela veut dire que si deux successibles sont de même degré, et si l'un d'entre eux est attaché au défunt des deux côtés paternel et maternel, tandis que l'autre n'est attaché que d'un seul côté, le premier est préféré au second en matière de succession. Mais si ces deux successibles sont de degrés différents, le plus éloigné par rapport au défunt ne peut prétendre à la succession en invoquant son privilège du double lien même si le plus proche est attaché au *de cujus* par un seul lien. Nous avons même un témoignage expressif sur cette matière. Les textes des traités de droit chiite posent la question suivante : Dans une succession, le frère utérin, en présence du neveu germain, sera-t-il exclu par le neveu à cause de son double lien ? Le privilège de double lien pourra-t-il avoir pour conséquence la participation du neveu au partage de la succession en concours avec le frère utérin ? Une seule voix s'est élevée dans cette discussion en faveur du neveu. C'est la voix du juriste Ibn Châzân qui attribue  $\frac{1}{6}$  de la succession au frère utérin et  $\frac{5}{6}$  au neveu germain.

Le neveu germain, dit Ibn Châzân a le privilège du double lien, et doit réduire la part du frère utérin (parent du côté maternel) à sa part assignée. A quoi l'unanimité de la doctrine répond que la dualité de lien revêt son bénéficiaire d'un privilège en cas d'égalité de degré et non en cas de diversité de degré. Et, en conséquence, la doctrine chiite attribue la totalité de la succession au frère utérin. C'est d'ailleurs la solution du Code civil persan. On ne pourrait donc pas prétendre que ce qui est vrai pour les successibles de second ordre, ne l'est pas pour des successibles de troisième ordre.

Le commentaire du traité du droit chiite (1) nous rapporte sur ce point les mêmes explications en disant qu'on ne saurait tenir compte du privilège du double lien qu'en cas d'égalité du degré. « Il n'y a pas de succession, dit le commentateur, au profit du « cousin qui est en présence de l'oncle. Ceci est évident, « à cause de l'incompatibilité de la solution contraire avec les « principes mêmes de notre institution successorale qui com-

---

(1) Charayé de Mahageq, éd. cit., p. 264. *Commentaire sur le concours de l'oncle utérin et le cousin germain.*



« mandent la priorité de l'héritier plus proche sur l'héritier plus éloigné... »

Mais alors pourquoi la dérogation curieuse de l'article 936 ?

N'ayant pas admis la représentation, et n'ayant pas, d'autre part, — avec le système des exceptions, — adopté comme les sunnites des solutions contradictoires, il est étonnant de trouver dans le corps régulier du régime successoral chiite, une solution en opposition avec l'ensemble de leurs principes héréditaires.

La raison que la doctrine chiite invoque en faveur de cette solution, c'est l'unanimité des jurisconsultes (opinion unanime). Le commentateur de Charayé nous dit sur ce point (passage cité) que personne n'a contredit le principe de l'exclusion de successibles plus éloignés par ceux qui sont plus proches. Il ne reste donc, poursuit-il, d'autre « appui légal » pour la présente solution (l'exclusion de l'oncle consanguin par le neveu germain), que celui de l'opinion unanime. Et c'est pourquoi, continue le commentateur, il faut avoir soin de restreindre la solution au seul cas où l'accord est acquis. Ni les travaux compilatoires, ni les textes des traités, ni enfin les gloses ne donnent, à l'exception reproduite par l'article 396, d'autre base que celle de l'unanimité.

Quoi qu'il en soit, le Code civil persan, dans son article 396, établit l'hypothèse que nous venons d'étudier dans les termes suivants : « Les descendants des oncles paternels ou maternels ne viennent à la succession tant que ces oncles eux-mêmes subsistent, sauf au cas où il n'y a d'autre successible qu'un oncle consanguin et un cousin germain, auquel cas le cousin exclut l'oncle... »

#### § 4. — *La succession de l'hermaphrodite*

Il n'existe, à notre connaissance, dans les législations contemporaines, aucune réglementation sur le sort d'un hermaphrodite, au point de vue successoral. Le droit français, plus particulièrement, ne contient aucune disposition légale sur ce point. En droit islamique, au contraire, dans toutes les manifestations de la vie juridique, des dispositions légales sont prévues pour l'individu qui réunit les caractères des deux sexes.

Plus spécialement en ce qui concerne la succession, la législation islamique secte chiite, pose en substance le principe sui-

vant : la question relève de la technique médicale. Il faut établir médicalement lequel des deux caractères, homme ou femme, l'emporte chez l'hermaphrodite. Si c'est le caractère homme qui l'emporte, l'hermaphrodite sera compté comme un successible masculin de son rang, et si c'est le caractère femme, il sera traité comme une femme.

Mais si malgré les expertises médicales, on ne parvient pas à définir nettement son état biologique, ou bien si l'expertise le classe également dans les deux sexes, alors, on lui attribue la moitié des parts héréditaires réunies d'un homme et d'une femme de son rang.

Evidemment, l'examen biologique d'un hermaphrodite et le constat de son état sexuel sont nécessaires au point de vue successoral, si l'hermaphrodite appartient à une classe de successibles dont les appelés héritent à raison de double part pour le mâle et une part pour la femme. Autrement, si dans la catégorie de successibles à laquelle l'hermaphrodite appartient, la distinction de sexe n'est pas utile pour l'attribution des parts héréditaires, cet examen médical n'a pas de sens puisque le partage s'effectue de toute façon par parts égales.

Voici la raison pour laquelle les législations qui ne connaissent pas en matière de succession la distinction entre les deux sexes n'ont pas intérêt à constater l'état sexuel de l'hermaphrodite.

Voici encore pourquoi l'article 939 du Code civil persan a restreint la constatation médicale, au cas où l'hermaphrodite appartient à une catégorie de successibles dont le mâle reçoit le double de la part de la femme. Cet article est rédigé de la façon suivante : « ....Si l'héritier est un hermaphrodite et s'il appartient à une catégorie de successibles dont le mâle hérite, le double de la part de la femme, la part héréditaire de l'hermaphrodite se calcule de la façon suivante... ».

Et ensuite, l'article désigne la quotité attribuable à l'hermaphrodite, selon qu'il appartient à l'un ou à l'autre sexe, ou aux deux sexes à la fois, tel que nous l'avons constaté plus haut.

## SECTION VI

## DU PARTAGE ET DE LA LIQUIDATION DE LA SUCCESSION

DU RAPPORT DES HÉRITIERS ENTRE EUX ET AVEC LES TIERS  
NATURE JURIDIQUE DE LA MASSE HÉRÉDITAIRE

C'est à dessein que nous avons relaté l'étude de tous ces points importants au dernier plan. Nous avons réuni sous une seule et même rubrique tous ces points, dont le Code civil n'a fait aucune mention.

La demande du partage, son caractère, les opérations auxquelles il donne lieu, le rapport, la nullité, le paiement des dettes et l'acquisition des créances héréditaires, l'acceptation ou répudiation de la succession, sont autant de points qui sont restés en dehors du cadre de la législation successorale du Code civil persan.

Seulement, dans son chapitre II de la succession, le Code civil, sous la rubrique de l'« acquisition de l'hérédité » en traitant de quelques questions d'ordre général, consacre quatre articles qui se rapportent de loin à tous les points que nous avons cités plus haut et dont l'insuffisance au point de vue législatif est plus qu'évidente.

C'est pour cette raison que, malgré notre intention de suivre dans le présent travail, l'ordre du plan adopté par le Code civil, nous sommes amenés à consacrer à ces quelques articles une section à part, qui reste ainsi en dehors de l'ordre suivi par le Code.

Notre étude sur les points précités restera brève, et aura pour but, non d'exposer l'état existant de législation sur ces matières, mais de faire observer leur défaut dans le Code.

Ce n'est pas parce que la législation islamique ignore la réglementation sur toutes ces matières que le Code civil persan n'a pas cru nécessaire de légiférer sur ces questions.

Le traité du droit musulman par Sautayra et Cherbonneau témoigne amplement l'existence, dans le droit islamique, des réglementations détaillées sur toutes les matières en question.

Dans ce traité, tout un chapitre est consacré à l'exposé de ces matières (1).

---

(1) Voir Sautayra et Cherbonneau, *Statut personnel et la succession*, t. II, chapitre XXIV.

Toutefois ces auteurs ne sont pas imités par les autres, et dans d'autres traités de droit musulman, qui ont gardé davantage la couleur de la législation islamique, de telles réglementations font défaut. On se demanderait, dès lors, si les auteurs de cet ouvrage n'ont pas été incités à faire un parallèle entre le droit musulman appliqué en Algérie, et le droit français, et cela dans le but de faire un rapprochement ou même une assimilation entre ces deux législations. Quoi qu'il en soit, les traités du droit chiite ont gardé le silence sur toutes ces matières. Mais la base d'une comparaison étant déjà étayée par l'ouvrage sus-indiqué, il nous est permis de faire ressortir, sur ces points, l'esprit de la législation chiite, et d'en faire une comparaison brève, mais opportune avec la législation française sur les points en question.

Nous examinerons, avant tout, la nature juridique de la masse héréditaire.

### § 1<sup>er</sup>. — *L'indivision*

#### *Indivision en droits français et allemand*

Nous connaissons déjà le sens français de l'indivision héréditaire. C'est une universalité des biens corporels ou incorporels (1) qui appartient en tant qu'entité universelle à chacun des héritiers, sans que le droit des indivisaires soit pourtant précis. Chaque indivisaire n'a donc pas un droit défini sur chaque fraction des biens héréditaires, mais il a un droit flottant sur l'ensemble du patrimoine indivis. Ce droit flottant se porte sur chacune des molécules qui forment la chose indivise. Par conséquent, tant que le partage n'est pas intervenu pour préciser la part matériellement distincte des héritiers, le droit de propriété est réparti sur les particules mathématiques et intellectuelles des objets composant la masse héréditaire. Il ne résulte pas, pour-

---

(1) Tel, par exemple, le droit d'auteur ou d'inventeur, fonds de commerce, etc... C'est là, la distinction entre la copropriété et l'indivision. Tandis que dans la copropriété l'objet du droit des copropriétaires est une chose matérielle et corporelle, dans l'indivision au contraire, l'objet du droit des indivisaires peut être toute sorte de biens. L'indivision est donc le genre, et la copropriété l'espèce.



tant, de là que l'héritier ne puisse exercer pendant la durée de l'indivision un droit quelconque sur sa quote-part indivise. En dehors même des actes d'administration ou l'exercice du droit du partage de fruit et de l'usage de la chose indivise, il a surtout le droit de cession et d'hypothèque sur la quote-part indivise. Evidemment, il doit exercer ces droits suivant certaines règles destinées à sauvegarder les intérêts des cohéritiers ou même des tiers. La cession de la quote-part est soumise, par exemple, au retrait successoral ; l'hypothèque est soumise au règlement du partage qui est l'acte final de l'indivision et est placé sous l'ingérence de l'article 883 et l'effet déclaratif du partage.

Nous n'avons pas ici à entrer dans l'étude trop savante de l'indivision héréditaire, et à chercher les subtilités juridiques qui abondent en cette matière plus que nulle part ailleurs.

La composition du passif et de l'actif de l'indivision héréditaire, le rapport ou la réduction, le fonctionnement de l'indivision tant au point de vue du rapport de chacun des indivisaires avec la masse héréditaire que dans leur rapport entre eux ou avec des tiers créanciers, débiteurs ou ayants droit quelconques, la cession du droit indivisi tant de la quote-part entière que d'un objet héréditaire, la liquidation et le partage d'indivision et les éventualités innombrables auxquelles ces actes donnent naissance, la formation de la masse partageable, les dettes et les créances réciproques des héritiers, des tiers des ayants cause des héritiers sur ou envers la succession, le règlement de ces créances ou dettes, le partage et ses différentes formes et les garanties prévues par la loi pour sauvegarder tant l'intérêt des créanciers des copartageants, que l'intérêt de ces copartageants eux-mêmes, la nullité du partage, l'effet déclaratif et tous les incidents auxquels il donne lieu, voilà en quelques mots, le bilan imparfait des questions qui se posent lorsqu'on veut étudier l'indivision héréditaire.

De tout cela, ce que nous devons retenir, c'est que le droit français a fait de l'indivision un état anormal et par conséquent, temporaire. L'indivision dans l'esprit du législateur, ne doit subsister que pour la durée commandée par l'intérêt commun des héritiers.

Quel est l'état de législation germanique sur ce point

L'indivision germanique n'est pas une indivision ordinaire « *Gemeinschaft* » (1), qui implique l'idée de quote-part et la liberté complète de l'héritier pour disposer de cette quote-part en la cédant ou en l'hypothéquant ; c'est, au contraire, la copropriété en mains communes « *Gesammte-hand* » (2) qui comporte l'impossibilité pour l'indivisaire de disposer de sa quote-part tant que l'indivision subsiste et tant que le partage n'est pas intervenu.

L'indivision ordinaire du droit germanique est donc la première forme de l'indivision citée plus haut et qui consiste en une sorte de copropriété avec quote-part. Chacun des indivisaires a la libre disposition de cette quote-part en l'aliénant, l'hypothéquant ou en la constituant en gage au profit de son créancier. Celui-ci peut saisir la quote-part de son débiteur et même la faire vendre. Il n'y a d'autre part, aucun obstacle pour la demande en partage formulée par un indivisaire tant qu'il n'y a pas une convention contraire.

C'est, comme nous le disions, la forme habituelle de l'indivision. Mais il existe une autre forme d'indivision réservée à certaines catégories de patrimoines, c'est la copropriété en mains communes. Elle s'applique à certaines masses patrimoniales, entre autres au patrimoine héréditaire.

Dans cette indivision, tout comme dans l'indivision du droit français, le droit de l'héritier n'est pas déterminé. Ce droit porte, au contraire, sur chacune des molécules de la masse indivise. Il n'y a, pour l'héritier droits de vente, de cession d'hypothèque que sous réserve des modalités sauvegardant les intérêts en cause. Il n'y a pas, enfin, le droit de saisie au profit du créancier personnel de l'indivisaire. Tant que le partage n'est pas intervenu, l'individualisation de la part héréditaire reste inachevée et la propriété avec toutes ses conséquences, demeure incomplète. C'est au moins l'opinion qui a prévalu.

Voici d'ailleurs le texte de l'article 2032 du Code civil allemand (3).

---

(1) Voir § 741-758 du Code civil allemand.

(2) *Ibid.*, § 652-654.

(3) Code civil allemand promulgué le 18 août 1896, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1900, traduit et annoté. 4 vol. in-8, 1904-1914. Imprimerie Nationale Pichon et Durand-Auzias, Paris, t. III, livre V, titre IX, 1<sup>o</sup>.

Article 2032 : « Lorsque le défunt laisse plusieurs héritiers, la « masse héréditaire devient leur patrimoine commun... »

Dans le commentaire de cet article, nous lisons dans la même page le passage suivant :

« Article 2032 : Cet article proclame le principe de la communauté des héritiers.... *L'hérédité ne se partage pas de plein droit entre les cohéritiers ; elle subsiste comme un tout (du Gesamnte-hand), et non seulement comme une agrégation d'objets distincts.* Il en résulte qu'il ne s'opère pas de confusion des droits et des obligations, des droits et des charges. Les dispositions prises par un cohéritier concernant un objet de la succession, avant l'ouverture de celle-ci, ne deviennent pas efficaces. La compensation des dettes des cohéritiers ne peut, non plus, s'opérer avec celles de la succession pendant que dure cette communauté. »

Voilà le sens de l'indivision héréditaire de la législation germanique.

De ce que le droit de l'héritier ne se porte que sur l'universalité des biens, il ne résulte pas cependant, la paralysie d'action pour l'héritier. Celui-ci peut disposer de sa quote-part dans les conditions prévues par la loi. L'article 2033 du Code civil allemand nous dit :

« Chacun des cohéritiers peut disposer de sa part dans la succession. Le contrat par lequel un cohéritier dispose de sa part doit être constaté authentiquement en justice ou par un notaire. *Un cohéritier ne peut disposer de sa part dans les objets distincts de la succession.* »

Nous lisons dans le commentaire de ce même article (1) la disposition suivante :

« Article 2033 : I) A l'inverse de ce qui a lieu dans les autres cas de copropriété (articles 719, 1442, 1471, 1519, 1549 (2)), chaque cohéritier, s'il ne peut disposer des objets de la succession, pris individuellement, peut le faire quant à sa part héréditaire considérée comme une entité. Cette disposition a un effet réel.... Il en faut distinguer la cession qui porterait sur le droit de recueillir ce qui reviendra à l'héritier dans le partage de la succession ; ici l'objet de la transmission est la

(1) *Ibid.*, t. III, p. 696.

(2) Ces articles consacrent les autres formes de l'indivision.

« copropriété même dans la communauté. Outre que la part héréditaire peut être aliénée, elle peut être affectée à une charge réelle, usufruit ou gage.... »

Les articles 2034 et suiv. du Code civil indiquent les conditions dans lesquelles les héritiers peuvent agir et disposer de leur quote-part héréditaire. Tout au long de son titre quatrième, livre cinquième, le Code civil allemand sous la rubrique de « la pluralité des héritiers », traite de ces différentes questions (1).

Retenons de cette étude sommaire de l'indivision dans les deux législations française et allemande, — qu'on peut prendre comme prototypes des deux législations latine et germanique, — que le droit français ne reconnaît pas l'institution de l'indivision germanique, la « *Gesammte-Hand* » qui a pour trait caractéristique d'écarter l'idée de quote-part. L'indivision héréditaire est régie par cette copropriété en mains communes, assouplie par des dispositions successives ayant pour but d'accorder à l'héritier pendant la durée de l'indivision les droits reconnus en droit français à l'héritier indivisaire.

*L'indivision en droit musulman.* — Que se passe-t-il dans la législation islamique ?

A en croire MM. Sautayra et Cherbonneau, l'indivision est, dans le droit musulman, le subséquent de l'ouverture de la succession et en même temps l'état anormal et momentané.

« Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision », proclament les auteurs de l'ouvrage, à l'instar du contenu de l'article 815 du Code civil français. Des écrits des auteurs, on peut présumer que pour l'indivision, contrairement à ce qui se passe pour d'autres parties de l'institution successorale, les prescriptions légales sont ici le résultat des travaux jurisprudentiels des tribunaux d'Alger, effectués sur la base de l'esprit de droit musulman et de la législation française.

Les cas de juridiction que les auteurs citent, sont de date récente, et ne remontent guère qu'après la conquête de l'Algérie. Il résulte de là que l'indivision et le partage n'ont pas fait l'objet d'étude méticuleuse dans la loi islamique, semblable à ce que nous avons rencontré pour d'autres matières successorales.

---

(1) Pour l'indivision successorale suisse voir article 602 et ss. du Code civil suisse du 10 décembre 1907.



Le plus grand nombre des traités de droit musulman, pour ne pas dire tous (1) ne traite pas ce sujet sous une rubrique distincte. On peut dire que d'une façon générale, la loi musulmane paraît être méfiante à l'égard de l'indivision. Elle a une tendance marquée à diminuer autant que possible la durée de l'indivision héréditaire. Cette tendance est plus marquée encore chez les Chiïtes et dans l'Ecole hanafite de secte sunnite. Chez les uns et les autres, ni l'état d'absence, ni l'état de l'enfant conçu, ne mettent d'obstacle au partage immédiat de la succession. On procède d'habitude au partage et on prend simplement des mesures pour parer aux éventualités (2).

Chez les Malekites, au contraire, on diffère le partage jusqu'à ce que le jugement déclaratif du décès soit rendu.

Quoi qu'il en soit, et sans entrer dans le détail de l'indivision et du partage, retenons ce point essentiel que dans le droit musulman le principe de l'indivision est admis, sans avoir pourtant une nature juridique spécifiée. D'autre part, cette indivision héréditaire est un accident anormal et momentané, auquel on doit mettre fin en principe le plus tôt possible.

*Le Code civil persan.* — L'indivision n'est pas inconnue dans le Code civil. Le Code, dans ses articles 571 et suiv. en matière de la société, la cite même de son nom.

Mais en matière de succession, il n'y a pas de réglementation expresse sur l'indivision successorale.

Pourtant, on peut tirer de l'article 868 l'argument de l'existence de l'indivision.

Dans cet article, le législateur nous dit, tant que les dettes et charges de la succession ne sont pas liquidées, la propriété de la succession n'est pas acquise pour les successibles.

Voici comment on a tiré de l'esprit de cet article l'idée de l'indivision :

L'acquisition de la propriété à laquelle l'article 868 fait allusion veut dire la transmission de l'objet successoral. C'est la possession matérielle de la part héréditaire par le successible. Or,

(1) Hedayat traité du droit malekite, entre autre, parle du partage et des incidents qui s'y rapportent.

(2) En pratique les choses passent tout autrement et l'indivision héréditaire suit généralement l'ouverture de la succession pour un temps souvent indéterminé.

tant que la succession n'est pas liquidée, tant que les dettes successorales ne sont pas payées, en un mot, tant que la quote-part de chaque héritier n'est pas encore déterminée, la transmission matérielle des objets de la masse est défendue par la loi.

Le droit héréditaire de chaque héritier est toujours virtuellement déterminable, mais il est flottant sur les particules des objets de la masse. Dès lors, la transmission d'un objet héréditaire est interdite avant le partage. Et le partage ne peut avoir lieu qu'après la liquidation de l'actif et du passif de la succession.

Après ces opérations le partage peut avoir lieu et c'est à ce moment là seulement que la transmission de l'objet héréditaire à un des héritiers est possible, et la sortie de cet objet de la masse successorale équivaut à un acte de partage.

On a donné d'autres significations encore à l'article 868.

On a dit que la propriété exige l'*animus* et le *corpus* et tant que la possession matérielle n'est pas obtenue, la propriété n'existe pas.

Et l'article 868 veut dire que tant que les dettes et charges ne sont pas payées, la propriété des parts héréditaires n'est pas acquise aux successibles, car la loi leur défend la possession des objets qui reviendraient peut-être aux créanciers.

On a dit aussi que la propriété des parts héréditaires est acquise dès l'ouverture de la succession. Le paiement des dettes a simplement cet effet qu'il rend possible le partage. Mais, une fois le partage effectué, le droit de la propriété sur les quotes parts héréditaires remonte à l'ouverture de la succession. Et l'article 868 n'a voulu établir que ce point.

A l'appui de cet avis, on a invoqué l'argument tiré du legs d'un objet héréditaire au profit d'un légataire par un testament. Le Code civil, dit-on, exige pour la condition de l'existence de legs, la tradition de l'objet. Tant que la tradition n'est pas effectuée, la propriété de l'objet n'est pas « acquise » pour le légataire. Mais si la possession matérielle est accomplie, les droits du légataire remontent à la mort du testateur. Le légataire acquiert le titre de propriétaire, non du jour de la tradition de l'objet, mais du jour de la mort du testateur.

Nous n'entrons pas dans la discussion critique de ces opinions.

Ce qui nous intéresse pour l'instant, c'est le sens de l'article 868 en ce qui concerne l'indivision.

A ce point de vue, il n'est pas douteux que l'article 868 fasse ouvrir une période d'indivision.

L'article 868 du Code civil doit donc être interprété dans ce sens : tant que les dettes et charges de la succession ne sont pas liquidées, tant que la masse partageable n'est pas formée, les successibles n'ont pas une « propriété active » sur les biens de la succession. Ils ont toutes les prérogatives de l'administrateur des biens héréditaires. Ils ont aussi le droit d'usage dans la mesure où son exercice est conciliable avec celui des autres cohéritiers. Quant aux actes de disposition, il paraît que ces actes ne sont pas complètement refusés aux héritiers. L'article 871 contient une disposition en ce sens. Cet article, avec l'article 868 sont les seuls qui envisagent toute la matière. L'article 871 nous dit qu'au cas d'une transaction passée par un héritier sur les biens héréditaires, « les créanciers de la succession peuvent « demander la nullité de l'acte tant que les dettes et charges de « la succession ne sont pas liquidées ».

Les successibles, dans la période de liquidation, ne peuvent donc pas vendre, hypothéquer ou bien céder leur quote-part héréditaire. Le droit des créanciers est ainsi sauvegardé.

L'article 871 n'envisage que les intérêts des créanciers.

Mais on ne peut interpréter ce texte restrictivement et laisser un des héritiers libre de passer des actes de transaction sur le patrimoine héréditaire aux dépens de ses cohéritiers. Il faut étendre donc la solution de l'article 871 aux actes empiétant sur les droits des cohéritiers.

Quoi qu'il en soit, le principe est clair : bien que le Code civil est muet sur l'indivision héréditaire, il n'est pas pourtant douteux que, du moment qu'il existe une période de liquidation (article 868), du moment que pendant cette période une transaction quelconque sur le patrimoine héréditaire est expressément interdite (mesure prise par la loi pour sauvegarder les intérêts des créanciers de la masse successorale) (article 871, une période d'indivision s'ouvre automatiquement au moment de l'ouverture de la succession et ne prend fin que par l'acte de partage. Pendant ce temps, les indivisaires ont un droit de propriété mitigé. Leur droit est restreint aux actes d'administration et d'usage tel, par exemple, le partage des fruits qui n'a rien de contraire avec l'indivision.

§ 2. — *Effet déclaratif ou translatif de partage*

*Droit français.* — Nous connaissons le principe de l'article 883 du Code civil français : « Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul immédiatement à tous les effets compris dans son lot ou à lui échus sur licitation et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. »

Cet article signifie en somme, que le partage a pour effet non seulement de mettre fin à l'indivision, mais aussi de l'effacer rétroactivement dans le passé.

Ce n'est pas comme la conception du droit romain qui considérait l'acte de partage comme une sorte d'échange intervenu entre les héritiers. Moyennant cette transaction l'héritier romain acquerrait un droit exclusif sur sa part héréditaire, et renonçait en échange, à tous ses droits sur les parts revenant aux autres héritiers. C'était une transaction passée entre les héritiers.

L'héritier du droit français reçoit, au contraire, sa part héréditaire directement du *de cujus*. Donc, tous les actes accomplis par l'un des héritiers et dépassant la mesure de l'administration des biens, tous les actes d'aliénation ou de cession des droits successifs, accomplis en dehors du consentement commun des autres cohéritiers, sont entachés de nullité.

Mais n'entrons pas dans la controverse engagée sur la nature juridique de l'effet du partage. Il y a toute une série de doctrines qui soutiennent ou qui combattent la fiction ou la transaction en matière de partage. Plus intéressantes sont les conséquences que le partage peut engendrer au point de vue du rapport entre les copartageants : Le partage avec soulte, la licitation par adjudication, l'éviction d'un cohéritier, le privilège des copartageants sur les immeubles héréditaires, l'inscription de ce privilège, voilà quelques-uns de ces points sur lesquels on pourrait s'attarder avec intérêt, si un écart de la question qui nous occupe en ce moment, n'était pas à redouter.

Néanmoins, pour comprendre l'immensité des problèmes que l'article 883 a posés, nous sommes obligés d'énumérer, sous forme de formules précises certains de ces problèmes. L'étude détaillée restant en dehors du cadre de notre plan, nous nous contentons de l'inévitable énumération synoptique des problèmes en question.



L'idée directrice de l'article 883 est la suivante : Maintenir l'égalité entre les copartageants en déchargeant les biens mis dans le lot d'un cohéritier, des hypothèques et des privilèges consentis par un autre sur la part indivise.

A cette fin, la législation pose le principe de la fiction, et établit la règle suivant laquelle chacun des copartageants est censé avoir obtenu sa part, du *de cujus* lui-même. Les droits réels consentis sur cette part, par un autre copartageant sont donc inefficaces.

Cette fiction s'applique :

1°. A tous les cas qui ont pour effet de mettre fin à l'indivision. Peu importe que cet acte de partage soit le produit d'un partage en nature, d'un partage avec soulte ou enfin, d'une licitation. Dans ce dernier cas, si l'un des cohéritiers s'est rendu adjudicataire des immeubles héréditaires, l'hypothèque née du chef d'un des copartageants sur cet immeuble en vertu de sa part indivise tombe, et même suivant certains auteurs, les créanciers du cohéritier, auteur de l'hypothèque, perdent leur droit de préférence sur le prix de l'immeuble adjugé mis dans le lot héréditaire de leur débiteur.

Peu importe, enfin, que cet acte de partage soit le produit d'une cession des parts indivises d'un cohéritier à un autre héritier, à condition toutefois que si les héritiers sont nombreux, tous les cohéritiers prennent part à l'acte de partage et ensuite la cession de la part indivise fasse sortir de l'indivision non seulement un héritier mais aussi une partie des biens héréditaires.

2°. La fiction de l'article 883 ne s'applique en deuxième lieu aux créances de la masse héréditaire, c'est-à-dire que la cession par un héritier d'une créance héréditaire n'est valable qu'autant que la créance cédée soit mise dans le lot du cédant. La créance n'est pas valable à l'encontre d'un autre cohéritier si cette créance est mise au moment du partage dans le lot de ce dernier.

Nous connaissons la controverse née sur cette matière à cause d'une contradiction existant entre l'article 1220 du Code civil et l'article 832. Le premier consacre la divisibilité de plein droit des créances héréditaires, et le second, laisse entendre au contraire, l'indivision de ces créances. Nous connaissons aussi la solution adoptée aujourd'hui définitivement par la jurisprudence qui déclare que l'article 1220 s'applique dans les rapports des débiteurs de la succession et des cohéritiers. Tandis que l'arti-

de 832 s'applique, au contraire, dans les rapports des cohéritiers entre eux.

3° Cette fiction s'applique en troisième lieu non seulement entre les héritiers (et par conséquent ceux-ci ne peuvent pas se délier par une convention — et sauf exception — des conséquences de l'effet déclaratif du partage), mais elle s'applique aussi dans les rapports des héritiers avec leurs ayants cause. Elle s'applique encore et ici avec plus de divergence doctrinale, dans les rapports de chaque héritier avec les tiers avec lesquels l'héritier se trouve dans des relations de sociétés.

Nous voyons quelle extension prend le principe de la rétroactivité de l'article 883.

4° La fiction s'applique en matière d'hypothèque consentie par le cohéritier, même si le prix de l'adjudication est mis en totalité ou en partie dans le lot de l'auteur de l'hypothèque. Ce point est controversé. Certains auteurs n'adoptent pas l'extension de l'effet déclaratif à ce point, et déclarent que le créancier hypothécaire qui doit être préféré aux créanciers chirographaires. On a répondu que la préférence de ceux-là sur ceux-ci est peut-être juste, mais qu'elle n'est pas légale, puisque l'hypothèque est rétroactivement anéantie et le droit de préférence ne survit au droit de suite que dans les cas prévus par la loi. Or, il n'y a, en la circonstance, aucun texte légal (1).

Mais si dans l'acte de partage l'immeuble hypothéqué est mis dans le lot de l'auteur de l'hypothèque, l'hypothèque est maintenue au profit du créancier hypothécaire. Mais dans quelle mesure ? La créance garantie aura-t-elle pour hypothèque l'immeuble entier ou bien la portion de l'immeuble que l'auteur de l'hypothèque avait droit en tant qu'héritier copartageant ?

C'est cette dernière solution qui a prévalu, à moins qu'il ne s'agisse d'une hypothèque générale.

Voilà quelques côtés les plus clairs et les moins compliqués de l'effet déclaratif. Il faut avouer que, le principe essentiellement juste de l'égalité entre les cohéritiers qui a inspiré le législateur français dans la rédaction de l'article 883 est acheté « au

---

(1) La jurisprudence consacre cette dernière solution. Il n'y a d'exception à cette règle que dans les deux cas de l'hypothèque maritime et de l'hypothèque consentie conjointement par tous les cohéritiers. (Voir Colin et Capitant, *Traité du droit civil*, Paris 1929, t. III, 5<sup>e</sup> éd., pp. 504 et 509.

prix de mille difficultés » comme le disent avec raison MM. Colin et Capitant (1).

*Le droit suisse.* — C'est au livre quatrième, partie première, titre 18<sup>e</sup> qu'il faut se référer pour avoir une réponse sur cette matière. Sous la rubrique « des droits réels », le Code civil suisse réglemente la copropriété et les actes passés par l'un des communistes sur les biens indivis. Après avoir établi dans les articles 646 et 647 le principe de la copropriété, les rapports entre les cohéritiers et les actes d'administration, dans son article 648 le Code civil suisse édicte le principe suivant lequel l'acte de disposition d'un cohéritier sur les biens indivis n'est valable qu'autant qu'il a été accompli avec l'assentiment unanime des héritiers. Cet article est rédigé de la façon suivante :

« Chaque copropriétaire peut veiller aux intérêts communs ; il « jouit de la chose et en use dans la mesure compatible avec le « droit des autres.

« *Le concours de tous est nécessaire pour les aliénations, « constitutions de droits réels ou changements dans la destina- « tion de la chose, à moins qu'ils n'aient unanimement établi « d'autres règles à cet égard.* »

Dans cet article et les articles suivants, le Code civil suisse annonce formellement qu'aucune aliénation ou constitution de droit réel n'est valable tant que l'indivision subsiste, à moins que tous les héritiers ne consentent. L'esprit de ces dispositions s'applique aussi bien à l'indivision héréditaire, qu'à toute autre indivision. L'équité à laquelle le droit français voulait aboutir en adoptant la fiction de l'article 883 est avec une parfaite simplicité, garantie par le Code civil suisse qui a évité en même temps toutes les complications encourues par la fiction de la rétroactivité du droit français. « De la sorte, disent MM. Colin et Capitant, aucun des problèmes auxquels il est paré chez nous par la rétroactivité des partages, au prix de mille difficultés, de procès, et trop souvent de surprises pour la bonne foi des tiers, ne peut même se poser » (2).

*Le Code civil persan.* — Etudions tout d'abord le droit islamique : « Le partage, lisons-nous, chez Sautayra et Cherbonneau, « a pour second effet de faire passer entre les mains de chaque

---

(1) Colin et Capitant, *op. cit.*, t. III, p. 501.

(2) *Ibid.*, t. III, p. 501.

« héritier la portion de biens qui lui est dévolue franche et quitte  
« de toutes les charges qui pourraient la grever du chef d'un  
« des cohéritiers » (1).

Sans ériger l'effet déclaratif en principe, le droit musulman admet, tel que nous constatons dans ce texte, l'une des plus importantes conséquences de ce principe. Le droit musulman soucieux de l'égalité entre les cohéritiers, veut maintenir cette égalité en déchargeant la quote-part héréditaire de chaque héritier des dettes et charges grevées du chef d'un de ses cohéritiers.

Evidemment, dans le droit musulman proprement dit, l'hypothèque n'a pas l'envergure que nous lui connaissons dans les législations modernes. Mais quelque exigü que soit le cadre de l'hypothèque dans le droit islamique, le principe de l'existence du droit réel n'est pas pourtant contesté en cette législation. Alors la question se pose de savoir comment la législation entend parer à l'inconvénient de l'institution d'un droit réel du chef d'un des héritiers sur les biens héréditaires. Décide-t-elle, comme le Code civil suisse de ne faire foi à la constitution d'un droit réel qu'autant qu'elle est consentie par tous les héritiers, ou bien entend-elle, comme le droit français, concilier autant que possible l'intérêt des copartageants et celui des tiers détenteurs des biens héréditaires ou des tiers cessionnaires du droit successif ?

On ne peut guère répondre à cette question puisqu'il n'existe pas une disposition légale sur ce sujet.

Quant au Code civil persan, il est, sur ce point, encore plus succinct que sur tout autre. Nous avons annoncé plus haut que pour tout ce qui se rapporte à l'indivision et au partage, le Code civil persan ne contient que deux articles, et on ne peut tirer de ces deux textes les conséquences que nous cherchons en ce moment, que moyennant une interprétation extensive.

D'ailleurs, ces deux textes sont contradictoires entre eux en ce qui concerne l'effet déclaratif ; voilà comment :

« La propriété des cohéritiers sur la masse indivise, dit  
« l'article 868, n'est acquise qu'autant que les dettes et charges  
« de la succession sont acquittées. »

Selon cet article, la propriété est, *a contrario*, acquise lorsque les dettes et charges sont payées.

---

(1) Sautayra et Cherbonneau, *op. cit.*, t. II, p. 270, n° 748, 1<sup>er</sup> alinéa.



Mais à ce moment-là la propriété est acquise non seulement à partir de l'instant où le paiement a été effectué, mais dès l'ouverture de la succession, c'est-à-dire rétroactivement. Pourquoi ? pour la bonne raison que si l'héritier devient propriétaire seulement à partir du paiement des dettes, il faut, disent les jurisconsultes, concevoir l'existence des biens sans propriétaire (1).

Voilà le principe. La rétroactivité et l'effet déclaratif en découlent.

L'article 871 déclare de son côté :

« Si les héritiers constituent sur les biens de la succession, des droits réels, tant que les dettes de la masse ne sont pas payées, les transactions consenties, ne sont pas valables et les créanciers peuvent demander la nullité de ces actes. »

On peut donc conclure par là que si les dettes sont payées, les cohéritiers peuvent valablement constituer des droits réels sur leur quote-part dans l'indivision. Si cela est vrai, et si pour ces transactions on n'exige ni le consentement unanime des cohéritiers (droit suisse) ni le résultat du partage pour déterminer la situation finale (droit français) toute égalité est rompue entre les cohéritiers et chacun d'eux peut impunément engager les biens successoraux aux dépens de ses cohéritiers. Cela est inadmissible et il ne semble pas que le législateur ait voulu s'engager dans cette voie. Et même, dans le texte de cet article, nous avons un mot qui révèle clairement l'existence de l'idée contraire chez le législateur. Le législateur voulait établir selon toute vraisemblance, le principe d'une transaction conjointe émanant de tous les cohéritiers sur les biens de la succession. C'est le mot « *héritiers* » employés au pluriel. Par là, le législateur veut déclarer, nous semble-t-il, que si les cohéritiers passent ensemble un droit réel sur les biens indivis et si la constitution de ce droit est fait après le paiement des dettes et charges héréditaires, elle est complètement valable et on doit en tenir compte au moment du règlement final et du partage.

Si c'est avant le paiement, elle n'est pas valable. Son invalidité, d'ailleurs, paraît-il, ne doit pas être absolue, mais relative, et les ayants droit auxquels l'acte a porté préjudice doivent être seuls en mesure de réclamer la nullité. Cela est même explicite-

---

(1) Voir Adl, *op. cit.*, p. 499, n° 889.

ment déclaré par le texte qui dit « .....et les créanciers peuvent demander l'annulation ».

Si une telle interprétation est exacte, on est en mesure de déclarer qu'en fait du partage, le Code civil persan admet le concours de tous les héritiers pour toutes les aliénations et les constitutions de droit réel, consenties par les héritiers sur les biens héréditaires pendant l'indivision. Alors le système des deux textes précités devient cohérent, et la simplicité que nous envions tout à l'heure, pour le Code civil français, reparait dans le Code civil persan à l'instar du Code civil suisse. Son esprit se rapproche, en conséquence, de l'esprit du Code suisse et s'écarte par contre, de celui du droit français.

*A quelles dettes et charges l'article 868 fait allusion ?* — Nous avons étudié le texte de l'article 868 qui suspend l'acquisition de la propriété intégrale au paiement des dettes et charges de la masse successorale. Mais de quelles dettes et charges s'agit-il ? C'est l'article 869 qui les énumère limitativement.

Cet article est ainsi conçu :

« Les dettes qui sont à la charge de la masse successorale et qui doivent être payées avant le partage sont :

« 1° Le prix du linceul du *de cuius* et les dettes à la constitution desquelles les biens héréditaires ont été engagés, tel le gage ou l'antichrèse, par exemple.

« 2° Les dettes et les engagements patrimoniaux du *de cuius*.

« 3° Les legs que le *de cuius* a constitués sur la masse jusqu'à concurrence du tiers de la succession, sans le consentement des héritiers, et au delà de cette mesure avec leur consentement. »

L'étude de cet article est en rapport avec plusieurs autres institutions juridiques, surtout avec la constitution du droit réel et testament.

Nous n'avons pas à entrer dans le détail de ces institutions en ce qui touche l'étude de l'article en question. Cependant, pour éclairer la partie qui nous concerne, nous examinerons les quelques points suivants :

a) D'abord en ce qui concerne le premier cas, second alinéa et deuxième cas de l'article 869, nous voyons clairement que le premier cas, second alinéa, concerne les créanciers gagistes qui ont pour gage de leur créance, un droit réel quelconque aussi

bien l'hypothèque que l'antichrèse ; tandis que le deuxième cas concerne les créanciers chirographaires.

b) En ce qui concerne le troisième cas, de l'article 869, en matière de testament, le Code civil persan donne au testateur le droit de disposer d'un tiers de son patrimoine à titre de legs. Ce tiers constitue dans le Code civil, ce qu'on appelle dans le langage juridique la quotité disponible. Les deux autres tiers constituent donc la réserve des héritiers *ab intestat*. La constitution d'un droit à cause de mort au delà de la quotité disponible peut toutefois être validée par l'assentiment de tous les héritiers.

c) L'ordre adopté dans l'énumération de l'article 869 doit être suivi dans le paiement des dettes. C'est l'article 870 qui nous le déclare dans les termes suivants :

« Les charges indiquées dans le précédent article (c'est-à-dire l'article 869) doivent être payées dans l'ordre adopté par ledit article... »

Par conséquent, les dettes du premier cas, ont sur les deux autres cas le privilège d'être remboursées intégralement au premier plan. Le même privilège est réservé pour les dettes du second cas sur le troisième. Enfin, ce n'est qu'après le paiement de toutes dettes et charges que la succession, s'il en reste une, sera partagée entre les héritiers appelés.

d) Mais dans le premier cas de l'article 869, nous constatons deux sortes de charges énumérées côte à côte et indistinctement, tandis qu'elles sont de nature tout à fait diverse : 1° le prix du linceul ; 2° les créances gagées.

Le prix du linceul — quoiqu'il nous amène à des idées macabres auxquelles on doit toujours s'attendre lorsqu'on parle de la succession — est néanmoins dans la contexture du texte placé avant les créances gagées. Peut-être dans l'esprit du législateur, ces deux sortes de dettes, bien qu'elles aient la même importance, puisqu'elles sont rédigées dans une même phrase, ont néanmoins l'une sur l'autre, une sorte de privilège quant au paiement. Et le législateur en parlant du prix du linceul en premier, a voulu exprimer sa préférence sur le paiement de son prix.

L'utilité de cette discussion se révèle au cas où tout le patrimoine successoral consiste en un bien gagé au profit d'un créancier, dont le prix est inférieur au prix du linceul et de la dette réunis.

Faut-il, dans ce cas, désintéresser d'abord le créancier gagiste ou payer, au contraire le prix du linceul ? Au point de vue purement juridique, on peut soutenir à la fois l'une et l'autre thèse. Pour la préférence du paiement de la créance gagée on peut dire (1) que si le prix de l'objet mis en gage ne peut pas couvrir la créance gagée, cet objet étant au point de vue juridique réservé à seule fin de désintéresser le créancier gagiste, le débiteur perd de cette façon le titre de propriétaire sur ce bien. Alors l'achat du linceul avec l'argent produit par la vente de cet objet est comme l'achat d'un objet moyennant l'argent d'autrui. Le contrat est nul.

Au contraire, pour la préférence du paiement du prix du linceul sur le paiement du créancier gagiste, on peut dire (2) que le contrat du gage ne fait pas sortir l'objet du gage de la propriété du débiteur. Le débiteur ne perd pas pour cela son titre de propriétaire et l'objet ne change pas de nature par le fait du contrat du gage. Seulement cet objet porte en soi le germe d'un privilège reconnu au créancier gagiste qui doit être payé sur le prix de cet objet avant les créanciers chirographaires. Le prix du linceul doit, sans aucun doute, être payé avant les dettes ordinaires. Et comme entre les créanciers ordinaires et les créanciers gagistes, il n'y a pas de différence de nature, mais une simple différence de rang et de degré, le prix du linceul doit être donc payé avant le paiement des créanciers gagistes.

Cette deuxième opinion recueille notre suffrage.

La rédaction du texte de l'article 869, premier cas, est du reste une autre raison en faveur de cette opinion.

*La portée des articles 868 et 871 dans les rapports des cohéritiers entre eux et envers leurs ayants droit.* — Dans l'étude de ces deux articles nous avons pu constater que le système du Code civil persan réserve un privilège pour les créanciers de la masse, privilège qui les met à l'abri de toutes surprises éventuelles provenant du côté des héritiers. Mais entre les héritiers, quel est le principe qui doit régler leurs créances ou leurs dettes envers la masse successorale. Si un héritier est débiteur de la masse héréditaire, ou si, au contraire, il est créancier de cette masse, comment va-t-on arranger ces engagements patrimo-

(1) Voir Adl, *op. cit.*, p. 501.

(2) *Ibid.*, p. 501.



niaux ? Soulignons tout d'abord qu'aucun texte ne prévoit ces hypothèses. On doit admettre telle ou telle autre solution, ou bien, en suivant l'esprit des textes similaires, ou bien en se basant sur le bon sens et l'intuition personnels ; ce qui est fort arbitraire.

*Les créances des héritiers envers la masse.* — Avant tout, un principe est indiscutable : c'est que les créanciers de la succession sont les créanciers de cette masse, et doivent prélever leurs créances sur la masse héréditaire. Les héritiers ne sont tenus des dettes héréditaires que jusqu'à concurrence de leurs émoluments. Que ce soit un étranger qui soit le créancier de la masse, ou que ce soit un héritier, ils ne peuvent poursuivre les successeurs que jusqu'au prorata de leur émolument. Mais il semble que le principe que nous avons étudié plus haut, principe consacré par l'article 871 du Code civil persan et visant le paiement des dettes héréditaires avant l'exécution du partage, enlève l'intérêt de cette discussion. En effet, du moment que les dettes doivent être payées avant le partage, la poursuite des héritiers jusqu'au prorata de leur émolument ne se pose même pas. Mais, en réalité, il peut très bien arriver qu'un créancier ne soit pas en mesure de se faire connaître avant le partage et que l'acte de partage soit intervenu avant que le créancier soit remboursé. Il s'agit alors de savoir jusqu'à quel point il peut poursuivre les héritiers.

« Les dettes qui ne se révèlent qu'après le partage, dit Esbach, « sont poursuivies contre chacun des héritiers dans la proportion « de sa part héréditaire » (1). Donc, si nous combinans le principe de l'article 868 du Code civil persan avec le passage que nous venons de citer, nous pouvons conclure que d'une façon générale, les créanciers héréditaires reconnus avant le partage, prélèvent leur créance sur la masse successorale (article 868, Code civil). Et les créanciers reconnus après le partage poursuivent chaque héritier dans la mesure de la part qui lui est attribuée. Ce principe s'applique aussi bien à l'égard du créancier étranger qu'à l'égard de l'héritier créancier de la masse.

L'héritier créancier prélève donc sa créance sur la masse successorale. Et si pour une raison ou pour une autre, il n'a pas pu faire connaître le titre de sa créance avant le partage, il poursuivra ses cohéritiers après le partage jusqu'à la mesure de leur

---

(1) Cf. Sautayra, *op. cit.*, t. II, p. 266, n° 744.

émolument. Quelle est par ailleurs la garantie à lui reconnue contre ses cohéritiers ; a-t-il une garantie de copartageant ou une garantie de créancier ? Ce sont là tout une série de questions sur lesquelles la loi a observé un mutisme absolu.

*Les dettes des héritiers envers la masse.* — Mais que faire s'il s'agit non pas d'une créance, — qui est sinon directement prévue par l'article 871, au moins indirectement envisagée, — mais au contraire, d'une dette d'héritier envers la succession qui n'est ni directement ni indirectement prévue par le Code civil.

a) La question est moins compliquée lorsqu'il s'agit d'une créance successorale envers une personne étrangère. Une créance même indivisible devient divisible lorsqu'elle passe dans la succession du créancier, et chacun des créanciers pourra poursuivre le débiteur au prorata de ses droits héréditaires. C'est d'ailleurs, la solution de l'article 1220 du Code civil français, et c'est, semble-t-il, cette solution qui a prévalu dans le droit islamique. Voici d'ailleurs ce que nous disent les auteurs de l'ouvrage souvent cité au cours de cette étude : Sautayra et Cherbonneau :

« ...que, lorsque le partage est effectué, tous les héritiers  
 « sont placés sur la même ligne, qu'ils ont les mêmes droits et  
 « sont soumis aux mêmes obligations, et, *notamment que cha-*  
 « *cun d'eux a qualité pour suivre les débiteurs de la succession*  
 « *au prorata de ses droits héréditaires*, que chacun d'eux, aussi,  
 « est tenu, vis-à-vis des créanciers au même prorata et jusqu'à  
 « concurrence de la part et portion qui lui a été attribuée dans  
 « l'hérédité. »

Ce texte prévoit évidemment le cas où le partage est déjà effectué. Suivant ce texte, après le partage, chacun des héritiers a qualité pour poursuivre les débiteurs au prorata de ses droits héréditaires. On comprend difficilement, du moment que le partage est précédé des opérations qui ont pour but de mettre au point l'actif et le passif de la succession, pour former la masse héréditaire, quel sens on pourrait donner à la poursuite entamée par les héritiers contre les débiteurs après ces opérations. Mais, avec un peu de réflexion, on peut imaginer qu'avant le partage, tous les titres de créances n'ont pas pu être reconnus, et ce n'est qu'après qu'ils ont été révélés. D'autre part, le débiteur pouvait très bien être insolvable au moment où le partage a été effectué. Une poursuite par les héritiers est donc prévue pour de pareils cas.

Mais nous ne pensons pas que la poursuite d'héritiers contre les débiteurs de la masse soit circonscrite au seul cas où le partage est effectué. Nous pensons, au contraire, qu'une pareille poursuite peut être entamée avant comme après le partage, et l'effet de cette poursuite est le règlement de la dette entre le débiteur et l'héritier. Chaque héritier peut poursuivre le débiteur jusqu'au prorata de sa part héréditaire, et dans cette mesure le règlement est efficace et complètement valable.

Ce règlement est valable, évidemment, dans le rapport entre l'héritier poursuivant et le débiteur poursuivi. Mais au moment du partage, ce règlement n'est pas opposable aux autres cohéritiers et l'acte de partage doit en tenir compte, et défalquer la somme remboursée par le débiteur, de la part héréditaire de l'héritier poursuivant. En effet, du moment que l'on accepte le principe de la division des dettes héréditaires, on ne peut pas condamner la poursuite d'un héritier contre le débiteur et frapper le débiteur honnête qui s'est acquitté de sa dette dans la mesure où la loi le lui permettait. A moins que la loi n'en décide autrement, c'est-à-dire enjoigne au débiteur héréditaire d'effectuer son paiement entre les mains d'un représentant légal de la masse comme dans le cas de faillite. Mais rien n'est prévu en ce sens par le Code.

b) La question est beaucoup plus compliquée lorsqu'il s'agit de la créance héréditaire contre l'héritier. C'est la question du rapport ou de la réduction qui se pose, c'est aussi la question de rapport en nature ou en moins prenant. Elles ne sont pas le moins du monde traitées par le Code civil persan.

Nous savons bien que l'héritier débiteur peut s'acquitter de ses dettes proprement dites à l'égard de la masse de deux façons :

1° Ou bien il les paie en nature. Dans ce cas, il y a deux actes distincts à accomplir :

a) D'un côté, attribuer la part héréditaire de l'héritier, sans défalquer, de ses émoluments, la somme qu'il doit à la succession.

b) D'un autre côté, faire payer à l'héritier débiteur ce qu'il doit à la masse.

Dans ce cas, il y a un danger pour les cohéritiers. Si l'héritier débiteur a contracté d'autres dettes, s'il a des créanciers personnels, si enfin, il est insolvable, les cohéritiers sont obligés de concourir avec les créanciers personnels de l'héritier débiteur sur

la quote-part héréditaire et partager avec eux cette quote-part au marc le franc. Ceci est contraire au principe de l'égalité entre les cohéritiers en matière d'héritage, et les cohéritiers sont ainsi acculés à supporter injustement l'insolvabilité du copartageant.

Pour parer à cet inconvénient, on a admis le second principe qui consiste en un rapport en moins prenant.

2° Ou bien il les paie en moins prenant. Le paiement en moins prenant c'est donc la seconde forme du paiement des dettes par le cohéritier débiteur. Il consiste en un calcul mathématique pour établir le compte de l'héritier débiteur et indiquer dans ce compte son dû et sa créance. Il faut défalquer le premier élément du second et n'attribuer à l'héritier débiteur que la somme que le côté actif représente. Voilà les deux opérations lorsqu'on procède au paiement en moins prenant.

De cette façon, les cohéritiers sont totalement désintéressés et les créanciers personnels de l'héritier débiteur n'ont, pour le paiement de leur créance, d'autre garantie que ce reliquat. L'égalité entre les cohéritiers est ainsi assurée.

De ces deux solutions, laquelle est plus en rapport avec l'esprit du Code civil persan ?

Envisageons d'abord la tendance du droit islamique sur la matière. S'il faut en croire, MM. Sautayra et Cherbonneau, c'est la première solution qui a prévalu dans le droit islamique. Voici la décision qu'ils rendent à ce sujet :

« Mais que décider, se demandent-ils, lorsqu'un des héritiers  
« est débiteur de la succession ? Le partage se fera-t-il en moins  
« prenant comme en droit français, ou bien la créance sera-t-elle  
« attribuée à tous les héritiers et à chacun suivant sa part et  
« portion ? C'est cette dernière solution que donnent les juris-  
« consultes musulmans. »

Dans ce passage, il y a une confusion qu'il faut souligner. Il ne faut pas confondre le cas d'un héritier débiteur et le cas d'un débiteur étranger. Pour un débiteur étranger, nous avons vu plus haut, que chaque héritier peut dans la mesure de sa part héréditaire, poursuivre le débiteur. Les créances héréditaires sont divisibles et le paiement accompli entre les mains d'un cohéritier est valable tant qu'il s'agit du rapport entre les héritiers et les débiteurs étrangers ; quitte pour ceux-là à tenir compte de ce paiement dans l'acte final du partage. Ce qui veut dire en somme, que le paiement ne peut pas être considéré comme valable



dans les rapports entre les héritiers, et si le cas se présente, comme le droit français l'admet, l'héritier poursuivant sera payé en moins prenant pour la créance héréditaire qu'il a touchée.

Tout autre est le cas de l'héritier débiteur. Il s'agit ici de définir son état et de décider si les deux opérations d'attribution de la part héréditaire et le paiement de son dû auront lieu distinctement ou bien, au contraire, si on établira un compte unique pour ces deux opérations. Or, les honorables auteurs, dans le passage que nous venons de citer, posent la question sur le cas spécifique de l'héritier débiteur, mais répondent à cette question d'une façon générale, englobant à la fois et l'héritier débiteur et le débiteur étranger. La confusion que nous signalions tout à l'heure vient de là. Mais si nous doutons de l'exactitude de l'exposé en question, nous avons moins de doute sur la réponse qu'ils ont fournie. Il paraît, en effet, juste de dire qu'en droit musulman, le rapport en moins prenant n'existe pas. Du moment qu'il y a une cloison étanche entre les dettes et les créances héréditaires, du moment que les créanciers et les débiteurs de la succession ne sont créanciers et débiteurs qu'envers la masse successorale, du moment qu'à ce point de vue il n'y a aucune distinction entre les ayant droit héritiers ou étrangers, il résulte que l'héritier doit être payé pour sa quote-part en nature, et doit de son côté, payer sa dette à la succession, en nature également. C'est cette même solution qui existe, croyons-nous, dans le Code civil persan.

La logique des principes et l'inexistence de texte, nous engagent dans cette voie. Mais, en pratique, il nous semble qu'on peut toujours, par voie de justice, se prémunir contre les inconvénients de ce procédé. On peut facilement provoquer la poursuite de l'héritier débiteur et si l'on a quelque raison d'appréhender son insolvabilité, on pourrait demander, sur la base de la quote-part héréditaire, une sorte de sûreté de paiement de la dette successorale. Les héritiers arrivent, de cette façon, à créer à leur profit une sorte de privilège à l'encontre des créanciers personnels de l'héritier débiteur. On arrive au même résultat que le rapport en moins prenant a voulu aboutir dans la législation française.

Le droit français, par la combinaison de deux articles 829 et 869, arrive à sauvegarder les intérêts des cohéritiers au cas où l'un d'entre eux est en même temps le débiteur de la succession.

L'article 829 dit : « Chaque cohéritier fait rapport à la masse, « suivant les règles qui seront ci-après établies, des dons qui lui « ont été faits et des sommes dont il est débiteur. »

L'article 869 dit : « Le rapport de l'argent donné se fait en « moins prenant dans le numéraire de la succession.... »

Par le premier article, on veut, en droit français, écarter l'application de l'article 1220 du Code civil, qui décide la division de plein droit des dettes et des créances successorales entre les indivisaires.

Ainsi, si nous supposons un héritage ouvert au profit de trois héritiers, dont l'un est débiteur d'une somme, on ajoute cette somme à la masse successorale et on partage ce total fictif en trois parties égales. On donne une partite entière à chacun des deux héritiers non débiteurs, qui, de cette façon n'auront pas à souffrir de l'insolvabilité de leur cohéritier, et on attribue le reliquat à l'héritier débiteur.

*Un des cohéritiers est en même temps créancier et débiteur de la succession.* — Que faire si un héritier est en même temps créancier et débiteur envers la succession.

Si nous appliquons le principe de l'article 868 du Code civil persan, nous devons payer la somme due au cohéritier par la succession avant le partage. Si nous rejetons, d'autre part, le principe du rapport en moins prenant, nous risquons l'insolvabilité du cohéritier pour le paiement de sa dette. Il en résulte un avantage immérité pour l'héritier insolvable — ou plutôt un avantage pour les créanciers personnels de l'héritier insolvable — aux dépens des cohéritiers. Ici, mieux que nulle part, l'injustice flagrante du système qui rejette le rapport en moins prenant saute aux yeux. L'héritier touche sa créance et ne paie pas sa dette et voit sa quote-part rester intacte en dépit de toute égalité entre les cohéritiers. C'est évidemment le résultat d'un mépris légal dont on peut, comme nous l'avons dit, combler les lacunes en préconisant des mesures conservatoires pour sauvegarder les droits des cohéritiers. Ainsi les héritiers peuvent obtenir le droit de faire des dettes et des créances de leur cohéritier en question un compte unique, et de ne payer la dette successorale que dans la mesure où leur égalité en matière de partage est assurée.

*Que décider de l'indigne. ?* — Un point intéressant en cette matière est la position qu'on doit prendre à l'égard de l'indigne, pour les libéralités que le *de cujus* a pu lui faire. Ces libéralités

sont-elles rapportables ? Nous savons bien que l'indignité successorale, l'article 880 du Code civil l'a prévu, fait sortir l'indigne de la catégorie des successibles. Mais faut-il prétendre que les libéralités à lui faites par le défunt, tombent du même coup ? Non. Ces libéralités n'étant pas incompatibles avec la déchéance successorale, seront maintenues. En effet, l'article 880 du Code civil parle de la déchéance en matière de succession, et non pas en matière de libéralités. Les déchéances étant de droit étroit, ne doivent pas étendre leurs effets sur les points non prévus par la loi.

Mais en ce qui concerne les dettes et les créances que l'indigne a envers la succession, il n'y a aucune difficulté. L'indigne est considéré comme une personne étrangère. Sa créance sera donc payée avant l'opération de partage, et pour la dette qu'il peut avoir envers la succession, il sera poursuivi par les héritiers de la succession ou par leur représentant légal dans la mesure de leur part héréditaire.

---





## CONCLUSION

---

Nous avons pu, d'une façon générale, nous rendre compte dans notre introduction, de l'état actuel de la législation en Perse.

Nous avons pu approfondir dans notre 3<sup>e</sup> chapitre, consacré à l'étude de la succession en droit persan, le régime de la dévolution héréditaire en ce pays, d'après la législation entrée tout récemment en vigueur. Avec la comparaison que nous nous sommes efforcé d'établir entre la succession persane inspirée du droit chiite d'une part, et la succession sunnite et le régime successoral français, et aussi, sur certains points, la succession de droit d'origine germanique d'autre part, nous avons pu faire ressortir les avantages et les inconvénients que la législation persane de la succession contient par rapport aux autres législations en question.

La méthode et la simplicité que la succession chiite et le Code civil persan ont tâché de s'imposer et cela malgré le tumulte et l'incertitude embarrassante de la législation islamique sur ce point, ont participé pour une large part à mettre cette partie de la législation chiite en vedette, par rapport aux législations sunnites correspondantes. Cette méthode, comme nous avons pu le constater dans l'ensemble de notre étude, aboutit à l'adoption de la parentèle dans l'ordre successoral. En cela la législation persane de la succession s'apparente au système parentèle suisse et germanique avec des différences de détail que nous avons précédemment annoncées.

Nous avons pu d'autre part constater qu'avec le rejet de la théorie de « ta'sib » le Code civil persan a évité les injustices graves et surtout la promiscuité que cette théorie engendrait dans l'ordre des successibles.

Par contre, le privilège de la double part pour le mâle et surtout l'exiguïté de la part successorale de l'épouse par rapport au mari, part qui tout au moins en théorie, peut devenir dérisoire par le fait de la pluralité du nombre de ses bénéficiaires, sont évidemment des maux auxquels il faut porter remède. Mais il faut ajouter qu'en attendant les réformes sur le régime matrimonial, réformes qui doivent être précédées elles-mêmes par la participation légitime et en partie désirable de l'élément féminin dans la vie sociale, l'acuité des maux auxquels nous venons de faire allusion est atténuée, en ce qui concerne le régime matrimonial, par le système de la dot, du douaire et surtout par le fait que la charge exclusive des frais du ménage incombe à l'homme.

Plus intolérable est à coup sûr la façon dont l'enfant naturel est traité dans le droit chiite et partant dans le Code civil persan. Nous avons souligné à sa place la pressante nécessité de l'intervention d'une disposition légale mieux inspirée de la réalité des choses prenant sa source à la fois dans l'innocence de l'enfant et la moralité sociale.

Les difficultés survenues du fait de la distinction entre les collatéraux germains, consanguins et utérins sont de nouveaux écueils à la clarté du régime successoral persan.

Nous avons relaté en détail ce que la législation a perdu de netteté et de bon sens par suite de cette classification.

Tout cela en face de l'absence de la représentation n'est que de futilité.

Nous savons déjà quelles sont les solutions pratiques auxquelles le système du Code civil persan a abouti en matière de représentation et quelle injustice inqualifiable ce système nous a légué.

Par ailleurs, le défaut dans le moyen terme est la caractéristique marquée de la législation persane de la succession. Sur certaines matières le Code civil a scrupuleusement cherché la solution. Sur certaines autres, il a complètement négligé de les aborder. Enfin, il a effleuré à peine certaines autres institutions qui ne sont pas pourtant les moins importantes.

En un mot, la codification sur la plupart des matières successorales est laconique et incomplète.

Nous avons cité dans notre sixième section du chapitre III de notre ouvrage quelques points que le Code civil a traités, avec

une brièveté décevante, ou a négligés complètement. Par contre nos sections IV et V de ce même chapitre démontrent avec quelle vigilance le Code a détaillé le concours des différents ordres d'héritiers. Il a suivi ce concours étape par étape dans ses moindres détails.

Tous ces points sont destinés à être complétés dans l'avenir par la voie législative ou jurisprudentielle.

Mais ce que nous aurons à cœur de souligner ici, et, c'est d'ailleurs la moindre justice à rendre, c'est la tâche du législateur qui a engagé son œuvre codificatrice dans un esprit de droit coutumier du pays. Quelque défectueuses que soient les dispositions successorales du Code, quelque étriqué que paraisse le droit religieux qui servit de base à la codification actuelle de la succession, et à la critique duquel nous nous sommes largement abandonné dans notre introduction, le fait est que ce droit religieux avait avant la codification, pris force de coutume.

La pire des méthodes serait dans ce cas, le renversement des coutumes établies et l'importation de lois non acclimatées aux exigences locales.

L'esprit juridique de chacune de nos sociétés a pris des éléments dans les précédents lointains des mœurs et des coutumes locales. Il n'est pas souhaitable de faire fi des mœurs d'un seul coup. Le travail de greffage en vue d'une feuillaison nouvelle doit être précédé du fumage du terrain.

Il est encore moins désirable de donner à une législation étrangère droit de cité et de l'implanter en bloc dans un pays pour lequel elle n'a pas été faite ; surtout lorsque dans le pays en question l'idéal populaire reste attaché à la conservation de ses sentiments natals et au développement de l'aspect intime de sa mentalité. Il n'est pas téméraire de dire qu'une législation en harmonie complète avec l'esprit d'une nation peut devenir une source d'iniquités et de méfaits dans un autre pays. Un naturaliste spirituel faisait cette observation : « L'agilité du cheval doit être ridicule à la gravité du bœuf. » A chacun selon sa nature.

D'ailleurs dans ce monde, où tout, mêmes les mœurs, se taylorisent, n'est-il pas préférable pour les peuples qui rêvent d'être promus au titre de « civilisés » d'acquérir cet élixir, tout en conservant dans leur fond la couleur de leur charme populaire ?

Encore n'est-il pas vrai qu'« une vérité qu'on reçoit tombée du ciel sans savoir au prix de quels efforts elle a été conquise,

est comme une espèce d'or gagné sans travail ; elle ne profite guère » (1).

Ainsi, comme on l'a dit souvent, la loi n'est pas un article d'importation.

L'idéal serait de concilier en fait de législation, les idées avancées et le génie du peuple. Le génie du peuple persan que les éminents orientalistes ont généreusement loué, et qui forme aujourd'hui les trophées du passé, a, pour sauver sa gloire historique, un rôle aujourd'hui plus critique que jamais. Il ne suffit pas d'avoir une histoire brillante, il faut pour éviter le mépris des autres et mériter la gloire du passé, tendre son action vers l'avenir. C'est par un travail de greffage sur la souche du tronc de notre passé que nous pouvons donner à l'avenir de notre pays une feuillaison verdoyante.

Notre passé fait certes pour le dilettantisme charmant des esprits raffinés l'objet de dissertation quelque peu chagrinante. Les amis de cette grandeur passée méditent non sans tristesse sur le revers de la médaille.

Mais ces généreuses sympathies ne diminuent point l'amertume de la vérité. Les louanges que les *Renan*, les *Darmesteter*, les *Huart*, les *Houdas*, les *Gobineau*, les *Chardin*, les *Aubin*, les *Carra de Vaux*, les *Anet*, pour ne citer que les orientalistes français, ont chanté sur la gloire de la Perse antique, sont loin de rendre notre sort actuel souriant et heureux. Ce qu'il faut c'est avoir la foi puissante dans l'action. Le meilleur soulagement de l'homme dans le malheur c'est la volonté ferme de réparer le passé et d'obtenir la conquête de l'avenir. Et quelle richesse inépuisable et réjouissante que ce mystère de l'avenir, découvert et surmonté pas à pas, par l'effort inlassable et croissant de l'homme.

Christophe Colomb écrivait à la reine Isabelle après la découverte de l'Amérique que « le monde est peu de chose ». Humblot qui avait entamé en 1843 un travail géographique sur le « monde entier », disait dans ses écrits en reproduisant l'observation de Colomb : « Malgré cette petitesse, je dois craindre de ne pas achever le Kosmas. »

En effet le « Kosmas » est inachevable et c'est le plus beau terrain pour l'action de l'homme.

---

(1) Giide et Rist, *Histoire des doctrines économiques*, p. X, Paris, 1924.



En fait, la Perse est en matière de législation la seule nation de droit islamique vivante et politiquement unie qui est appelée à donner à son système juridique la forme et la cohésion capable d'inspirer les peuples musulmans dans leur tendance législative. Elle a préservé elle-même ce système juridique en l'imprégnant lentement de son génie national.

De sorte qu'il y a tout lieu de croire que les travaux d'édification législative, basés actuellement sur une méthode nationale et scientifique seront d'une fécondité telle que l'histoire du passé était loin de nous le laisser prévoir.

VU : *Le Doyen,*

BERTHELEMY.

VU : *Le Président,*

LEVY-ULMANN.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

*Le Recteur de l'Académie de Paris,*

L. CHARLETY.

---



## BIBLIOGRAPHIE

---

- ADL. — *Traité du Droit civil persan*. Téhéran, 1928.
- AUBIN (E.). — *La Perse d'aujourd'hui*. Paris, Lib. Armand Colin, 1908.
- ANET (Claude). — *La Perse et l'esprit persan*. Monaco, 1925.  
— *Code civil allemand annoté*. Paris, Pichon et Durand Auzias, 1904-1914.
- BAUDRY-LACANTINERIE. — *Traité du Droit civil. Des successions*. Paris, Larose et Tenin, 1905, 3<sup>e</sup> éd.
- BERNSTEIN. — *Le Marxisme*. Paris, Stock, 1900.
- BOULOS. — *La succession en Droit musulman*. Paris, Jouve et C<sup>ie</sup>, 1925.
- CARRA DE VAUX (Baron). — *Etudes d'histoire orientale, le Mahométisme, le génie sémitique et le génie aryen dans l'Islam*. Paris, H. Champion, 1897.  
— *Les grands philosophes, Avicenne*. Paris, F. Alcan, 1900.  
— *Les grands philosophes, Al Ghazâli*. Paris, F. Alcan, 1902.
- COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire du Droit civil français*. T. III, Paris, Lib. Daloz, 1929, 5<sup>e</sup> éd.
- DARMESTETER. — *Coup d'œil sur l'histoire de la Perse*. Paris, E. Leroux, 1885.
- DEMOMBYNE (G.). — *Les institutions musulmanes*. Paris, E. Flammarion, 1921.  
— *Droit musulman. Du statut personnel et des successions, d'après le rite Hanafite*. Alexandrie, 1879.
- FILDERMANN. — *Les successions en Droit comparé*. Paris, Larose et Tenin, 1909.
- GAUTHIER (Léon). — *Théorie d'Ibn Rochd*. Paris, E. Leroux, 1909.  
— *Introduction à l'étude de la philosophie musulmane*. Paris, 1923.

- GIDE et RIST. — *Histoire des doctrines économiques*. Paris, Tenin et Larose, 1922.
- GOLDZIEHER. — *Le dogme et la loi de l'Islam*, trad. Félix-Arin. Paris, Lib. Paul Geuthner, 1920.
- GOJE (J.). — *Mémoire sur les Carmathes du Bahreïn et les Fatimides*. Paris, 1886.
- HOUDAS. — *L'Islamisme*. Paris, E. Leroux, 1908.
- HUART (Cl.). — *Textes persans relatifs à la secte des Haroufis*. Leyde, 1909.
- *Le rationalisme musulman*. Paris, 1904.
- IBN BABOUEH. — *Man lâ Yahzarah el Feqih*. Manuscrit, Bibliothèque Nationale de Paris, Catalogue des Manuscrits arabes, p. 217, N° 1.108. Le manuscrit est daté des années 1033 et 1035 de l'hégire.
- JACOT (Charles). — *Essai critique sur les bases philosophiques du droit de tester et de la succession ab intestat*. Cernier, 1899.
- JOLY (Henri). — *De l'esprit du droit musulman*. Dijon, imp. de V. Barbier, 1902.
- KASIMIRSKI. — *Le Coran*. Paris, Charpentier, 1884.
- LEUBA (Paul). — *Du régime successoral en droit français et en droit suisse*. Paris, Marcel Girard, 1924.
- LUCIANI (J.-D.). — *Rah'bia. Traité des successions musulmanes, secte malikite*. Trad. Paris, 1896.
- MARCAIS. — *Des parents et alliés successibles en droit musulman*. Rennes, 1898.
- MASSART (Ch.). — *Les critiques du marxisme*. Gand, Sté « Volks-drukkery », 1914.
- MORAND (M.). — *Cours de droit musulman*. Alger, 1924.
- *Introduction à l'étude du droit musulman*. Alger, 1921.
- MORET et DAVY. — *Des clans aux empires. L'organisation sociale chez les primitifs et dans l'Orient ancien*. Paris, La Renaissance du Livre, 1923.
- MOHAQEQ. — *Charâyé*. Téhéran, 1311 hégire.
- MOSSADEGH. — *Le testament en droit musulman*. Paris, G. Grès, 1914.
- PACCARD. — *Le moral de l'Islam*. Paris, Alençon et Cahors, 1913.
- PÈRES (Gustave). — *De l'origine des sectes musulmanes*. Paris, Joseph André et C<sup>ie</sup>, 1894.
- PEREZ. — *Précis sur la succession musulmane, rite Malikite*. Oran, 1907.



- PERRON (D<sup>r</sup>). — *Balance de la loi musulmane*. Trad. Alger, P. Fontana, 1898.
- *Précis de jurisprudence musulmane*, par Sidi Khalil.
- QUERRY. — *Droit musulman, secte Chiïte*. Paris, Imprimerie Nationale, Maisonneuve et C<sup>ie</sup>, 1872.
- RENAN. — *Averroës et averroïsme*. Paris, Michel Lévy Frères, 1867.
- RIGNANO (E.). — *Un socialisme en harmonie avec la doctrine économique libérale*. Paris, V. Girard et E. Brière, 1904.
- SAUTAYRA et CHERBONNEAU. — *Droit musulman. Du statut personnel et des successions*, 2 vol. Paris, Maisonneuve et C<sup>ie</sup>, 1873.
- SAVARY. — *Le Coran, précédé d'un abrégé de la vie de Mahomet*, 2 vol. La Mecque, l'an de l'hégire 1165.
- SCHERER. — *Principales différences entre le Code Napoléon 1804 et le Code Guillaume II*, 1900. Paris, Larose et Tenin, 1903.
- SAWAS PACHA. — *Théorie du droit musulman*, 2 vol. Paris, Marchal et Billard, 1898.
- SUMMER MAINE. — *Etudes sur l'histoire des institutions primitives*. Paris, 1874.
- SYLVESTRE DE SACY. — *Exposé de la religion des Druzes*, 2 vol. Paris, 1838.
- VAN DEN BERG. — *Principes du droit musulman, selon les rites d'Abou Hanifa et de Châfi'i*. Alger, A. Jourdan, 1896.
- VAN VLOTEN (G.). — *Recherches sur la domination arabe, le Chiïtisme et les croyances messianiques sous le Kalifat des Omayyades*. Amsterdam, J. Müller, 1894.
- VIALA (E.). — *Le mécanisme du partage en droit musulman*. Alger, 1917.
-



## TABLE DES MATIERES

---

|                                                                                                                  |        |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| INTRODUCTION .....                                                                                               | 1      |
| L'islamisation du droit et l'opinion des jurisconsultes musulmans sur ce procédé .....                           | 3      |
| Les sources du droit islamique .....                                                                             | 3      |
| L'intérêt actuel de la discussion .....                                                                          | 8      |
| Les vestiges des lois religieuses dans la succession du Code civil persan et les raisons de cette survivance.... | 9      |
| Le sens dans lequel ces critiques doivent être dirigées....                                                      | 12     |
| L'aspect social de l'Islam .....                                                                                 | 15     |
| Exemples de la tentative de conciliation entre les lois religieuses et les nécessités de l'époque.....           | 16     |
| Que faut-il faire aujourd'hui?.....                                                                              | 19     |
| Comment doit-on concevoir le procédé de l'islamisation?                                                          | 23     |
| Plan du présent ouvrage .....                                                                                    | 24     |
| <br>CHAPITRE PREMIER. — <i>Le Chiïsme</i> .....                                                                  | <br>29 |
| SECTION I. — Généralités .....                                                                                   | 29     |
| SECTION II. — Exposé du sectarisme Chiïte et aperçu de quelques-unes de ses doctrines essentielles.....          | 58     |
| Les Kharidjites .....                                                                                            | 58     |
| Les Mordjiïtes .....                                                                                             | 58     |
| Les Gholâts .....                                                                                                | 59     |
| Les Hachem'ïya .....                                                                                             | 61     |
| Les Rawendia et les Khorammia .....                                                                              | 62     |
| Les Mokhamassa .....                                                                                             | 64     |
| Les Olya'ïya .....                                                                                               | 66     |
| Les Mim iya et les Aïn iya.....                                                                                  | 66     |

|                                         |    |
|-----------------------------------------|----|
| Les Zeïdites .....                      | 67 |
| Les Magheiri .....                      | 67 |
| Les Rafudites .....                     | 67 |
| Les Ismaïliens .....                    | 68 |
| Les Karmates .....                      | 71 |
| Les Druzes .....                        | 72 |
| Les Haroufis .....                      | 73 |
| Les Nûsseïris .....                     | 73 |
| Les Soufis .....                        | 74 |
| Les Wahabites .....                     | 81 |
| Le Babisme .....                        | 82 |
| Les Falâcîfas et Ecole Mo'tazilite..... | 85 |
| Les Mo'tazilites .....                  | 92 |
| Les Acha'ira .....                      | 97 |

## SECTION III.

|                                                                                            |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. — L'extension du Chiisme en Perse et son éta-<br>blissement définitif dans ce pays..... | 99  |
| II. — Les principales différences doctrinales entre<br>le Chiisme et le Sunnisme.....      | 108 |
| III. — Conclusion .....                                                                    | 114 |

CHAPITRE II. — *Origine historique de la succession et son  
fondement économique* .....

119

|                                            |     |
|--------------------------------------------|-----|
| Première Partie. — Origine historique..... | 119 |
| La succession romaine.....                 | 119 |
| La succession germanique .....             | 123 |
| Comparaison des deux législations.....     | 125 |
| La succession islamique .....              | 126 |

|                                                                    |     |
|--------------------------------------------------------------------|-----|
| Seconde Partie. — Fondement économique de la succes-<br>sion ..... | 132 |
|--------------------------------------------------------------------|-----|

|                                 |     |
|---------------------------------|-----|
| SECTION I. — La propriété ..... | 132 |
|---------------------------------|-----|

|                                         |     |
|-----------------------------------------|-----|
| SECTION II. — Fondement économique..... | 146 |
|-----------------------------------------|-----|

|                                                        |     |
|--------------------------------------------------------|-----|
| Généralités .....                                      | 146 |
| a) Ecole du libre exercice de la propriété.....        | 153 |
| b) Théorie utilitaire .....                            | 154 |
| c) La négation de la succession. — Système de Lassale. | 156 |



|                                                                                           |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| d) Droit progressif dans le temps. — Les méfaits du régime capitaliste.....               | 159 |
| Exposé de la théorie du « droit progressif dans le temps » .....                          | 164 |
| Critique du système des baux de travail.....                                              | 168 |
| Encourager le travail par l'épargne et tempérer ses effets en frappant la succession..... | 169 |
| Incompatibilité de la succession avec l'étatisation des capitaux .....                    | 174 |
| Le brevet de capitalisation.....                                                          | 178 |
| Les procédés envisagés pour prévoir les difficultés d'application .....                   | 180 |
| Les moyens de la mise en application du projet et les conséquences prévisibles.....       | 180 |
| Aperçu général de la théorie et conclusion.....                                           | 186 |

### CHAPITRE III. — *La succession ab intestat dans le Code civil persan* .....

193

#### SECTION I. — Ouverture de la succession.....

194

##### Titre Premier. — La parenté.

##### Première Partie. — Parenté légitime.

|                                                                                        |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 1 <sup>er</sup> . — Les éléments de la parenté.....                                  | 194 |
| a) L'ordre .....                                                                       | 194 |
| b) La ligne .....                                                                      | 197 |
| c) Le degré .....                                                                      | 198 |
| § II. — Etude de l'article 905 du Code civil .....                                     | 198 |
| § III. — Une nouvelle division d'héritiers .....                                       | 203 |
| § IV. — Représentation .....                                                           | 206 |
| I. — De l'exclusion héréditaire .....                                                  | 208 |
| a) Exclusion absolue .....                                                             | 209 |
| b) Exclusion partielle .....                                                           | 212 |
| 1° Réduction imposée à certains successibles par les descendants du défunt .....       | 213 |
| 2° Réduction imposée à certains successibles par les frères du défunt .....            | 216 |
| II. — Observation sur la théorie de l'exclusion chez les chiites et les sunnites ..... | 221 |

|                                                                                                                                       |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| III. — La représentation .....                                                                                                        | 227 |
| a) Représentation dans le Code civil persan ....                                                                                      | 227 |
| b) Tentative pour affirmer l'existence de la représentation dans le droit successoral islamique                                       | 230 |
| Deuxième Partie. — Parenté naturelle .....                                                                                            | 234 |
| Titre II. — L'alliance .....                                                                                                          | 238 |
| § 1 <sup>er</sup> . — Le mariage .....                                                                                                | 239 |
| La nature juridique de la part héréditaire de l'épouse dans la doctrine chiite et dans le Code civil persan .....                     | 240 |
| Les conditions de successibilité entre les époux                                                                                      | 242 |
| L'étude des articles 944 et 945 du Code civil ....                                                                                    | 243 |
| La masse de calcul de la réserve du conjoint suivant                                                                                  | 247 |
| § II. — L'Etat.                                                                                                                       |     |
| A quel titre l'Etat participe-t-il à la succession ?                                                                                  | 252 |
| SECTION II. — « Aol » et « Ta'sib ».....                                                                                              | 253 |
| § 1 <sup>er</sup> . — Ta'sib .....                                                                                                    | 254 |
| Exposé des arguments .....                                                                                                            | 256 |
| I. — Cas où le total des parts assignées est au-dessous de la masse successorale .....                                                | 258 |
| II. — Cas où parmi les héritiers ne figure aucun successible à part assignée .....                                                    | 260 |
| III. — Cas de présence des héritiers de degré postérieur au 1 <sup>er</sup> degré du premier et du second ordre                       | 261 |
| a) Les descendants des enfants du défunt de l'un ou de l'autre sexe et de différents degrés sont présents à la succession .....       | 261 |
| b) Les descendants des collatéraux privilégiés de l'un ou de l'autre sexe et de différents degrés sont présents à la succession ..... | 264 |
| § II. — Al Aol .....                                                                                                                  | 267 |
| L'apparition historique du problème .....                                                                                             | 268 |
| Le point de vue chiite .....                                                                                                          | 269 |
| Les cas d'application de la théorie de Al Aol ..                                                                                      | 270 |
| SECTION III. — Des qualités requises pour succéder et de l'éviction .....                                                             | 274 |

|                                                                                                    |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 1 <sup>er</sup> . — La capacité .....                                                            | 274 |
| a) L'enfant conçu .....                                                                            | 275 |
| La preuve de l'état vivant du nouveau né....                                                       | 278 |
| L'état de succession ouverte en présence d'une<br>conception .....                                 | 278 |
| b) L'absence .....                                                                                 | 279 |
| c) Commorientes. — Législation .....                                                               | 283 |
| Exceptions prévues par l'article 873.....                                                          | 285 |
| 1° La successibilité mutuelle .....                                                                | 285 |
| 2° L'incertitude de la date du décès ou de la survi-<br>vance de chacun par rapport à l'autre..... | 285 |
| 3° Naufrage ou éboulement .....                                                                    | 285 |
| Cas dans lequel la date du décès d'un seul des<br>deux comourants est imprécise.....               | 287 |
| La doctrine .....                                                                                  | 287 |
| § 2. — L'indignité .....                                                                           | 289 |
| Le meurtre .....                                                                                   | 290 |
| La portée de l'article 881.....                                                                    | 292 |
| Effet de l'indignité .....                                                                         | 296 |
| 1° A l'égard des cohéritiers .....                                                                 | 296 |
| 2° A l'égard des tiers .....                                                                       | 297 |
| 3° A l'égard des enfants de l'indigne.....                                                         | 299 |

#### SECTION IV. — Acquisition de la succession.

|                                                                              |     |
|------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Titre premier. — La saisine .....                                            | 300 |
| Titre II. — La réserve et les héritiers réservataires.....                   | 306 |
| Première Partie. — Réserve héréditaire.....                                  | 307 |
| Caractère juridique de la réserve.....                                       | 310 |
| La réserve est-elle une notion d'ordre public ?.....                         | 310 |
| Par qui doit être intentée l'action en réduction ?..                         | 313 |
| La réserve est-elle inséparable de l'acceptation de<br>la succession ? ..... | 314 |
| Deuxième Partie. — La part assignée et les assignataires.                    |     |
| § 1 <sup>er</sup> . — Origine historique .....                               | 315 |
| § 2. — La quotité des parts assignées.....                                   | 317 |
| § 3. — Des parts assignées dans le C. C. persan.....                         | 323 |
| Etude de l'article 896 .....                                                 | 326 |
| Etude de l'article 897 .....                                                 | 327 |

|                                                                                                                                                                           |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1° Le père .....                                                                                                                                                          | 327 |
| 2° Filles du défunt .....                                                                                                                                                 | 327 |
| a) Filles immédiates .....                                                                                                                                                | 327 |
| b) Petites-filles .....                                                                                                                                                   | 330 |
| 3° Les sœurs germaines ou consanguines.....                                                                                                                               | 333 |
| 4° Les collatéraux privilégiés utérins .....                                                                                                                              | 335 |
| Etude de l'article 898 .....                                                                                                                                              | 339 |
| a) Le fils .....                                                                                                                                                          | 339 |
| b) Les frères germains ou consanguins.....                                                                                                                                | 341 |
| Etude de l'article 905.....                                                                                                                                               | 345 |
| § 4. — Comparaison entre l'institution de la part assignée du Code civil persan et la part légale des héritiers naturels et du conjoint survivant du droit français ..... | 347 |
| <br>SECTION V. — Du concours des différents ordres d'héritiers.                                                                                                           | 349 |
| Système de la parentèle germanique ou l'ordre successoral du droit français .....                                                                                         | 350 |
| 1° La parentèle .....                                                                                                                                                     | 351 |
| 2° La faute .....                                                                                                                                                         | 356 |
| 3° Système du C. C. persan .....                                                                                                                                          | 359 |
| § 1 <sup>er</sup> . — Concours des héritiers de premier ordre.....                                                                                                        | 361 |
| § 2. — Concours des héritiers du second ordre.....                                                                                                                        | 368 |
| a) La doctrine sunnite de la succession des ascendants .....                                                                                                              | 368 |
| L'aïeul .....                                                                                                                                                             | 370 |
| L'aïeule .....                                                                                                                                                            | 371 |
| b) Les traits généraux de la doctrine chiïte sur la successibilité de la ligne ascendante.....                                                                            | 374 |
| c) Les principes régissant le concours des héritiers du second ordre suivant le C. C. persan.....                                                                         | 375 |
| 1° Le concours des ascendants.....                                                                                                                                        | 377 |
| 2° Le concours des collatéraux.....                                                                                                                                       | 379 |
| 3° Le concours des ascendants et des collatéraux .....                                                                                                                    | 380 |
| § 3. — Le concours des héritiers de troisième ordre....                                                                                                                   | 385 |
| Les principes régissant le concours des héritiers de troisième ordre suivant le Code civil.....                                                                           | 388 |
| Controverse survenue à l'occasion de l'article 931.                                                                                                                       | 389 |



|                                                                        |     |
|------------------------------------------------------------------------|-----|
| Les hypothèses du concours des successibles de<br>deuxième ordre ..... | 393 |
| L'exception de l'article 936.....                                      | 400 |
| § 4. — La succession de l'hermaphrodite.....                           | 403 |

|                                                                                                                                                                               |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| SECTION VI. — Du partage et de la liquidation de la succe-<br>sion. — Du rapport des héritiers entre eux et avec les<br>tiers. — Nature juridique de la masse héréditaire.... | 405 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                                  |     |
|--------------------------------------------------|-----|
| § 1 <sup>er</sup> . — L'indivision .....         | 406 |
| L'indivision en droit français et allemand ..... | 406 |
| L'indivision en droit musulman .....             | 410 |
| L'indivision dans le Code civil persan.....      | 411 |

|                                                                                                                        |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 2. — Effet déclaratif ou translatif du partage.....                                                                  | 414 |
| Droit français .....                                                                                                   | 414 |
| Droit suisse .....                                                                                                     | 417 |
| Code civil persan .....                                                                                                | 417 |
| A quelles dettes et charges l'article 868 fait allu-<br>sion ? .....                                                   | 420 |
| La portée des articles 868 et 871 dans les rapports<br>des cohéritiers entre eux et envers leurs ayants<br>droit. .... | 422 |
| Les créances des héritiers envers la masse.....                                                                        | 423 |
| Les dettes des héritiers envers la masse.....                                                                          | 424 |
| Un des cohéritiers est en même temps créancier et<br>débiteur de la succession .....                                   | 428 |
| Que décider de l'indigne ?.....                                                                                        | 428 |

|                  |     |
|------------------|-----|
| CONCLUSION ..... | 431 |
|------------------|-----|

|                     |     |
|---------------------|-----|
| BIBLIOGRAPHIE ..... | 437 |
|---------------------|-----|









